

التقاضى
فى الأحوال الشخصية

دراسة تفصيلية من الناحيتين
الإجرائية والموضوعية

المستشـــار
أحمد نصر الجندى
نائب رئيس محكمة النقض

١٤١٠ هـ / ١٩٩٠م

بسم الله الرحمن الرحيم



التقاضى
فى الأحوال الشخصية

دراسة تفصيلية من الناحيتين
الإجرائية والموضوعية

المستشـــار
أحمد نصر الجنـدى
نائب رئيس محكمة النقض

١٤١٠ هـ / ١٩٩٠م

تقـــديم

يؤثرنى الزميل العزيز نائب رئيس محكمة النقض «المستشار أحمد نصر الجندى» بشرف مراجعة مؤلفاته القيمة . وهى فى الأغلب مراجعة استزادة ، بمعنى أن أفترض فى نفسى أنى قارئ يطلب المعرفة ليستوقفنى موضع يحتاج إلى مزيد من الإيضاح يزيل اللبس ، أو لبيان الأرجح من الآراء المعروضة وما يجرى العمل به فعلا ، أو اقتراح معالجة فرع يتصل بالموضوع المعروض استكمالا للبحث حتى لا يضطر القارئ للرجوع إليه فى مرجع آخر .. وهكذا .

ولقد سعدت حقاً بمراجعة هذا المؤلف النافع الذى جمع بين دفتيه جناحى الأحوال الشخصية « نفس » التى يطلق عليها البعض قانون الأسرة ، وهما القواعد الموضوعية ، والإجرائية ، فى صعيد واحد . فأغنى الباحث عن التشتت بين المؤلفات الموضوعية – وما أكثرها – وبين المؤلفات الإجرائية – وما أندرها – إذ لم تحظ القواعد الإجرائية بما تستحقه من اهتمام الفقهاء المعاصرين خاصة أنها موزعة بين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وبين قانون المرافعات والقوانين المرتبطة به . ولقد اكتسب المؤلف من جلوسه للقضاء فى شتى فروع القانون حقبة طويلة من الزمن ثم رئاسته لدائرة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض ، خبرة متسعة الآفاق مكنته من إخراج هذا المؤلف الذى أبرز فيه كيف يكون التقاضى فى أمور الأحوال الشخصية ، وذلك ببيان الحقوق موضوعيا ، وسبيل الوصول بها إلى ساحة القضاء ، ثم كيف يكون نظر القضية دفاعا ودفعا وأثباتا ونفيا ، ثم صدور الحكم فيها ، وتنفيذه ، وطرق الطعن فيه . الأمر الذى أصبح به هذا المؤلف مرجعا موحدا يعين إخواننا من القضاء الجالس والواقف على حد سواء .. والله الموفق

المستشار

عزت محمد حنوره

نائب رئيس محكمة النقض السابق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة الكتـــاب

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على الرسول الأمين محمد ﴿ﷺ﴾، المبعوث رحمة للعالمين ، والهادى إلى طريق الحق المستقيم . وبعد

فإن الأحكام التى تطبق فى مواد الأسرة ، المسماه بالأحوال الشخصية ، يحكم موضوعها القانونان رقما ٢٥ / ١٩٢٠ ، ٢٥ / ١٩٢٩ وما تلاهما من تعديلات ، وكذا أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة ، فى الأحوال التى لم ينص قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة بها . ولما كانت أحكام القانونين المذكورين تحكم الموضوع فى مواد الأسرة ، فقد أفرد المشرع - ومنذ سنة ١٨٩٧ - لقواعد الإجراءات لائحة تحكم نصوصها ، رفع الدعوى أمام القضاء ، وحضور الخصوم فيها أمامه ، والدفاع فى موضوعها ، والحكم فيه ، ونص فى هذه اللائحة على أن تصدر الأحكام طبقا للمدون بها ، وسماها « لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » ثم تناولها بعد ذلك بالتعديل حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ مشتملا على « لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها . ثم بعد ذلك صدر القانون رقم٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية، ونص على أن تتبع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة اجراءات المحاكم الشرعية والقوانين المكملة لها . والغى القانون المذكور الكثير من النصوص التى تحكم إجراءات الشكل ، وأحال بشأنها إلى مثيلاتها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

ولما كانت نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وهى تتضمن الكثير من الأحكام - لم تحظ بالشرح الكافى ، كما هو الحال بالنسبة لأحكام قانون المرافعات ، فقد جعلنا هذا المؤلف من كتابين تناولنا فى الأول منهما نصوص هذه اللائحة بالشرح والتعليق من الناحيتين الإجرائية والموضوعية ، واستعنا فى

ذلك بآراء الفقهاء فى هذا المجال ، وبما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، سواء بالنسبة لاجراءات الشكل أو الموضوع ، وجعلنا للأخيرة نصيبا كبيرا من البيان باعتبارها من مسائل الفقه التى يرجع اليها فى كتب السلف لمعرفة أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . كما ضمنت الكتاب الأول أيضا أحكام نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المقابلة لما ألغى من نصوص اللائحة بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ . وجعلت الكتاب الثانى خاصاً ببعض موضوعات الدعوى التى يمكن أن تتداول أمام القضاء فى منازعات الأحوال الشخصية للمصريين مسلمين وغير مسلمين ، ودعمت كل موضوع منها بالقواعد الفقهية التى تسانده ، حتى يكون تطبيق أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أقضيات الناس واضحا أمام الباحث من رجال القضاء خاصة ، ورجال القانون عامة .

وأرى واجباً على أن أخص بالشكر والتقدير الاستاذ المستشار (عزت محمد حنوره) نائب رئيس محكمة النقض ، فقد أفدت من قراءته لهذا الكتاب ، وجهده فيه ، وتوجيهاته بشأنه ، الكثير من العون الذى شجع على أن يرى الكتاب مكانته عند رجال القانون .

والله أسأل أن يجعل من هذا القدر من الجهد هدفاً لتحقيق العدل ، وهداية إلى طريق الرشاد فيه . والله ولى التوفيق

تحريرا فى ١٥ / ٣ / ١٩٩٠

المؤلف

المستشار

أحمد نصر الجندى

نائب رئيس محكمة النقض

بسم الله الرحمن الرحيم

مرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١
مشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها

نحن فؤاد الأول ملك مصر

بعد الاطلاع على أمرنا رقم ٧٠ / ١٩٣٠

وعلى لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه والاجراءات المتعلقة بها الصادر بها الأمر العالى المؤرخ فى ٢٥ من ذى الحجة سنه ١٣١٤ (٢٧ مايو سنه ١٨٩٧ والقوانين المعدلة لها .

وبناء على ما عرضه علينا وزير الحقانية . وموافقة مجلس الوزراء .

رسمنا بما هو آت

□□□

مادة ١ - يستعاض عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها الصادر بها الأمر العالى المؤرخ فى ٢٥ ذى الحجة سنه ١٣١٤ (٢٧ مايو سنه ١٨٩٧ والقوانين المعدلة لها بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها المرافقة بهذا القانون .

مادة ٢ - على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به بعد خمسة عشر يوما من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

الكتـــاب الأول

فى ترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها
المواد من ١ إلى ٤ ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥

الكتـــاب الثانى

فـى اختصاص المحاكم الشرعية
الباب الأول فى اختصاص المحاكم الجزئية

مـادة – ٥ – تختص المحاكم الشرعية (١) الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتيه :

نفقة الزوجة ، ونفقة الصغير بجميع أنواعهما إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر ، أو لم يحكم بأكثر من ذلك ، ان كان الطلب غير معين . وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغيرعلى ثلثمائة قرش فى الشهر .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إذا لم يزد مجموع ما يطلب على الفى قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين .

المهر والجهاز إذا كان ما يستحقه الطالب لا يزيد على الفى قرش وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش .

الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وذلك كله إذا لم يكن هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به

□□□

(١) سماها القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ دوائر جزئية لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف .

الفقرة الأولى من المادة الخامسة

نصت الفقـرة الثالثة من المادة الأولى من المرسـوم بقانون رقـم ٢٥ / ١٩٢٠ معدلة بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ على أن « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع » وبهذا النص بين القانون مشتملات النفقة وهى الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج ، وهذا البيـــان لم يرد على سبيل الحصر وإنما أضاف القانون إلى هذه الأنواع « كل ما يقضى الشرع باعتباره من النفقة » وبين ابن عابدين أن النفقة هى الطعام والكسوة والسكنى ، وقال لم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب وثمن الأدوية .

نفقة الصغير لم يحددها القانون لأن نفقته لسد حاجته ، وتقدر بكافيته ولذلك فهى تشمل المأكل والملبس والســكنى وأجرة رضاعه وحضانته وثمن دوائه اللازم له ، وأجر خادمه إذا إقتضى الأمر ذلك ، وكانت ظروف من تجب عليه النفقة تســمح بها .

هذا ويلاحظ أنه إذا أطلق لفظ النفقة تناول هذا الاطلاق أنواع النفقات الثلاث لا غير وهى الغذاء والكسوة والسكنى ، وهذا هو تحديد العرف لها . كما حددته العادة بهذه الأنواع ، وجرى بها الاستعمال . أما مصاريف العلاج ، وما يقضى الشرع باعتباره من النفقة المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ فلا تدخل فى تحـــديد النفقة عند اطلاقها ، لأن مصـــاريف العلاج لها أسبابها التى ينبنى عليها فــرض هذه المصاريف ، وكذلك يجب بيان اعتبار الشرع لما يقضى باعتبــاره نفقة .

كما أن لفظ النفقة عند إطلاقه لا يشمل الفرش والغطاء ولا بدلهما ، ولا أجرة الحضانة ولا أجرة الرضاع لأن لكل منها مواسم يتعين توافرها وإقامة الدليل على استحقاقها حتى يقضى القاضى بها ، أما ما يقال عنها أنها من جملة نفقة الصغير فمحمول على أنها واجبة عند الحاجة إليها على من وجبت عليه نفقة الصغير ، أو فى المال الذى وجبت فيه النفقة إذا كان مالا للصغير ، كما أن تسميتها بالنفقة هى تسمية اعتباريه حتى تأخذ حكمها عند وجوبها إذ لو صدق لفظ النفقة بمعناه العام على هذه الأشياء لأخذ حكمها فى الفرض والاستحقاق .

أنواع النفقة التى لا يشملها لفظ النفقة عند اطلاقه ، وكذلك ما يقضى الشرع باعتباره نفقة . هذه الأنواع وإن اعتبرت من النفقة ، إلا أن السكوت عنها وعدم ذكرها فى صحيفة الدعوى لا يلزم القاضى الحكم بها . فإذا طلبت الزوجة

« نفقة » على زوجها ، يقضى القاضى بالنفقة بأنواعها الثلاثة – غذاء وكسوة وسكنى – وليس له أن يقضى لها بمصاريف علاج إلا إذا طلبتها ، وكذلك الحال فى كل الأنواع التى لا تدخل تحت لفظ النفقة عند أطلاقه .

حددت المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بعض المواد التى يكون حكم المحاكم الشرعية الجزئية فيها نهائيا غير قابل للاستئناف ، حتى تنتهى الخصومة فيها بمجرد صدور الحكم . وأوضح النص شروط وضوابط يتعين توافرها للتمسك بنهائية الحكم فيها . وقد قيل فى تبرير هذا الاتجاه من المشرع :

١ – أن الشيء المتنازع عليه زهيد ومن المصلحة إنهاء الخصومة بشأنه بين الزوجين ، لما بينهما من روابط الزوجية والأولاد ، والحرص على استمرار الحياة بينهما .

٢ – أن النزاع فى هذه المواد لا يحتاج إلى كثير من البحث الفقهى والاستقراء للوصول إلى الحد المطلوب نفقة .

٣ – إذا كان حكم القاضى فى هذه المواد نهائيا ، فإن ذلك يدعوه إلى إمعان النظر – فى حال من تجب عليه النفقة وحال من تستحق له والمقادير اللازمة للنفقة – وأعمال الفكر قبل أن يصدر حكمه . كما أن هذا الحكم إن لم يكن صحيحاً من كل وجه فهو أقرب إلى الواقع من حال الطرفين ، حاجة طالب النفقة ، ومطل من تجب عليه .

هذا ويلاحظ أن المقصود بنهائية الحكم فى المادة الخامسة من اللائحة أن الحكم يكون غير قابل للاستئناف ، وإن كان قابلا للمعارضة .

شروط نهائية حكم النفقة الصادر من المحاكم الشرعية الجزئية .

١ – أن يكون المطلوب نفقة للزوجة ، أو نفقة للصغير . والنفقة هنا تشمل نفقة كل من الزوجة والصغير بجميع أنواعها ، وتشمل أيضا كل ما يقضى الشرع باعتباره نفقة للزوجة أو للصغير .

هذا ويجب أن نلاحظ أن الصغير فى نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة هو صغير الزوجة من الزوج المدعى عليه ، أو من تجب عليه نفقة هذا الصغير شرعا غير أبيه .

٢ – ألا يزيد ما يطلب الحكم به فى كل نوع من أنواع النفقة على مائة قرش فى الشهر .

٣ – ألا يحكم بأكثر من مائة قرش في الشهر في كل نوع من أنواع النفقة إذا كان الطلب في صحيفة الدعوى – وحتى قفل باب المرافعة فيها – غير معين ، كما إذا طلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها ، ولم تحدد مقداراً معيناً يقضى لها – أو للصغير – به .

٤ – ألا يزيد مجموع ما يحكم به – إذا كان الطلب وحتى قفل باب المرافعة غير معين – على ثلاثمائة قرش في الشهر ، أو يزيد مجموع ما طلب الحكم به على ثلاثمائة قرش في الشهر سواء للزوجة أو الصغير .

هذا ويلاحظ عند تحديد نهائية الحكم أن نفقة الزوجة – المطلوبة – أو المقضى بها مستقلة عن نفقة الصغير ، فتحسب مقادير نفقه الزوجة على حدة ، ومقادير نفقة الصغير على حدة ، ويكون المقدار منسوبا إلى الشهر .

وقد يكون المقضى به نفقة للزوجة قابلا للاستئناف دون المقضى به نفقة للصغير ، والعكس . فلا ارتباط بين كل نوع من أنواع النفقة والنوع الآخر في هذا الشأن ، مالم يكن مجموع ما قضى به أكثر من ثلاثمائة قرش إذا كان الطلب غير معين .

الحكم بالنفقة للزوجة – أو المطلقة – يستدعي ثبوت احتباسها لمصلحة الزوج أو عدم انقضاء عدتها منه ، إذ النفقة مترتبة على الاحتباس لحق الزوج ، وتفريغ نفسها له ، وهي أثر من أثار الاحتباس ، وليست أثرا من آثار عقد الزواج الصحيح وحده .

ويلاحظ أنه إذا وجبت النفقة على شخص كان له حق الإنفاق بنفسه على من وجبت له النفقة ، ويسمى هذا « بالأنفاق تموينا » وهو ارفق وأعدل بمن وجبت عليه النفقة . وإذا تم الانفاق تموينا سقط الانفاق تمليكا – أى اعطاء المال المقابل للنفقة . وفي هذا يقول صاحب المبسوط « طريق إيصال النفقة شيئان التمكين أو التمليك ، فإذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها ، فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة ، فإن لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر ما يكفيها بالمعـــــروف .

لا يتدخل القاضي لفرض النفقة إلا إذا ثبت عنده مطل الزوج ، لأن المنصوص عليه شرعا أن الزوج هو الذى يلي الانفاق على زوجته إلا إذا ظهر عند القاضي مطله ، فحينئذ يفرض النفقة ، أما مجرد الشكاية من عدم الانفاق لا يكفي لفرض النفقة على الزوج ، وإنما يتعين ظهور المطل ، فإذا لم يظهر عند القاضي مطل الزوج لا يقضي القاضي بالنفقة .

القاضي هو صاحب النظر في تقدير أمر مطل الزوج أو الشكاية حتى لا يستفيد الزوج المماطل من مطله ، أو تستفيد الزوجة المشاكسة من شكايتها غير الحقيقية .

الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة

أوجبت الفقرة الثانية من المادة السادسة عشر من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ معدلة بالقانون ١٠٠ / ١٩٨٥ على القاضي – في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة على زوجها ولصغارها منه – في مدى اسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى – نفقة مؤقته تفي بحاجتها الضرورية بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والحكم بالنفقة المؤقتة ليس حكما باستحقاق مستقل ، وإنما هو مجرد تعجيل لجزء من النفقة المتوقع صدور الحكم الموضوعي بها ، ولذا فليس لذلك الحكم حجية مستقلة ، وإنما يدور مصيره وجودا وعدما مع الحكم الصادر في موضوع النفقة . فإذا رفضت النفقة موضوعا زال الحكم بالنفقة المؤقتة ، وصار الحكم الموضوعي بالرفض سندا تنفيذيا لإعادة الحال إلى ما كانت عليه . وإذا صدر الحكم الموضوعي بفرض نفقة كان هذا الأخير هو المعول عليه من حيث تاريخ الاستحقاق ومقدار النفقة دون الحكم المؤقت . وبناء عليه لا يجوز الطعن على استقلال في الحكم الصادر في الطلب المؤقت سواء كان بالقبول أو الرفض .

المدعى عليه في نفقة الزوجة .

نفقة الزوجة على زوجها وسببها الزوجية والاحتباس لحق الزوج وتفريغ نفسها له ، ولذا تستحق النفقة عليه في ماله . وإيصال النفقة إلى الزوجة له طريقان :

الأول – التمكين . بأن يمكن الزوج زوجته من تناول مقدار كفايتها ، فإذا كان صاحب مائدة وطعام ، وتتمكن زوجته من ذلك ، فليس لها أن تطالب بعد ذلك بفرض النفقة ، لأنها توصلت إليها تمكينا ، ولم يظهر مطل الزوج . ويدخل في نفقة التمكين كل ما هو من ملحقات النفقة إذا هيأها الزوج لزوجته . فإذا لم يمكن الزوج زوجته من نفقتها ، وظهر مطله ، كان لها أن تلجأ إلى الطريق الثاني .

الثاني – وجوب النفقة تمليكا ، فأعطى الشرع للقاضي سلطة فرض النفقة في مال الزوج ، واعطائها للزوجة لتنفق هي منها على نفسها .

وليس في النفقة تقدير محدد عند الأحناف ، وكذلك في القانونين ٢٥ / ١٩٢٠ ، ٢٥ / ١٩٢٩ ، وإنما روعي فيها حال الزوج وقت استحقاق النفقة

يسرا وعسراً . وقد قيد المشرع المفروض نفقة فى حال عسر الزوج بألا يقل عن القدر الذى يفى بحاجة الزوجة الضرورية - مادة ١٦ ق ٢٥ / ١٩٢٩ . وقد برر الأحناف سبب عدم تقديرهم النفقة بالأسباب الآتيه :

١ - أن المقصود بالنفقة الكفاية ، وهذه الكفاية تختلف فيها طباع الناس وأحوالهم من شباب وهرم ، كما تختلف باختلاف الأوقات ، وفى تقرير النفقة بمقدار محدد إضرار بأحد الزوجين .

٢ - النفقة تختلف باختلاف الاسعار فى الغلاء والرخص ، كما تختلف باختلاف الأوضاع ، ومن ثم لا اعتبار للتقدير فيها .

٣ - القاضى هو الذى يقدر باعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض للزوجة على الزوج من نفقة فى كل وقت وحسب كل زمان .

نفقة الزوجة على زوجها لا يشاركه فيها أحد ، وتستحق عليه إذا تحقق سبب استحقاقها . فهو المدعى عليه فيها .

هذا ويلاحظ أن الزوجة إذا صالحت زوجها على نفقة لا تكفيها كان لها أن ترجع عن ذلك الصلح ، وتطالب بنفقة الكفاية ، وسبب ذلك أن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، فرضاها بنفقة دون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل الوجوب ، وذلك لا يجوز . وكذلك الحال إذا أبرأت الزوجة زوجها من النفقة لم تسقط بذلك الإبراء نفقتها على زوجها لأن السبب فى وجوب النفقة هو تفريغ الزوجة نفسها لخدمة الزوج ، وهذا السبب يتجدد حالا فحالا . فاسقاط النفقة قبل وجود السبب باطل لأن النفقة مشروعة للكفاية ، وفى التراضى على مالا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا .

إذا كـــان الزوج معسرا وفرض القاضى عليه نفقة المعسرين ثم أيسر بعد ذلك ، وخاصمته الزوجة كان عليه نفقة الموسرين ، لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، ويعتبر فيها حال الزوج فى كل وقت . وقد كان الفرض عليه بنفقة العسر لعذر العسرة ، فإذا زال العذر بطلت نفقة المعسر ، ووجبت النفقة بقدر يسره ، ومن وقت طلبها لا من وقت اليسر .

ونفقة الزوجة واجبة على الزوج وإن مرضت ، لأنها مسلمة نفسها إليه فى بيته ، ولا فعل منها فى المرض لتصير به مفوتة حقه مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاحتباس وغيره ، ولا معتبر بمقصود الجماع فى حق النفقة لأن الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع ، لأن النكاح يعقد للصحبة

والألفة ، وليس من الالفة أن يمتنع الزوج عن الانفاق لقليل مرض ، فإذا تطاول المرض فهو بمنزلة الرتق الذى لا يزول عن الزوجة عادة ، ومع ذلك يلزم الزوج بنفقتها لقيامه عليها .

لا نفقة للمرأة فى النكاح الفاسد ، والوطء بشـبهة ، ولا فى العدة منه ، لأن ما به تستوجب المرأة النفقة معدوم ، وهو تسليم نفسها إلى الزوج للقيام بمصالحه ، وفساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ، ولهذا السبب لم تجعل الخلوة فى النكاح الفاسد تسليما فى حق وجوب المهر والنفقة .

الخلاف بين الزوجة وزوجها على حال الزوج .

إذا قال الزوج - عند مطالبته بالنفقة - أنا فقير ، وقالت زوجته هو غنى ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، وعلى الزوجة البينة . وسبب ذلك أن الفقر فى الناس أصل « قال ﴿ﷺ﴾ « يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة - أى ستره - ثم يرزقه الله تعالى من فضله » والزوج يتمسك بما هو أصل ، أما الزوجة فهى تدعى غنا عارضا فعليها البينة ، وعلى الزواج اليمين لإنكاره . فإذا أقامت الزوجة بينة اليسار وأقام الزوج بينة الاعسار أخذ القاضى ببينة المرأة لأنها قامت على الاثبات ، وأما شهود الزوج فقد اعتمدوا فى شهادتهم ما هو الأصل ، وشهود الزوجة عرفوا الغنى العارض ولذلك يفرض القاضى نفقة الموسر .

إذا اختلفت الزوجة مع زوجها ، فيما وقع الصلح عليه من النفقة - سواء فى جنسها أو فى مقدارها - فالقول قول الزوج والبينة بينة الزوجة ، لأنها مدعية الزيادة فتحتاج إلى الاثبات ، والزوج منكر كذلك فالقول قوله مع يمينه . غير أنه يلاحظ أنه إذا كان الذى أقر به الزوج ، وحلف عليه لايكفى زوجته بلغ القاضى بالنفقة حد الكفاية ، لأن النفقة للكفاية ، لأن للزوجة أن تطلب ما يكفيها فى المستقبل فكذلك ما أقر به الزوج .

إذا كانت المرأة قد استعجلت النفقة لمدة ، ثم ماتت قبل مضى المدة ، فهل يسترد الزوج النفقة عن المدة التالية للموت ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف ليس للزوج أن يسترد من تركة الزوجة شيئا لأن النفقة فيها معنى الصلة ، وحق الأسترداد فى الصلات ينقطع بالموت . وقال محمد يترك الزوج حصة النفقة عن المدة الماضية قبل موتها ، ويسترد ما وراء ذلك ، لأنها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له ، فكان له أن يسترد منها ، وقيل عن محمد إن كان الباقى من المدة شهرا أو دونه لا يرجع الزوج بشىء فى تركتها ، وأن كان فوق

الشهر ترك مقدارنفقة شهر استحسانا ويسترد من تركتها مازاد عن ذلك ، لأن الزوج إنما يعطى النفقة شهرا فشهرا عادة ففى مقدار نفقة شهر هى مستوفيه حقها وفيما زاد عن ذلك هى مستعجلة له فيرجع به .

طلب النفقة من الزوج الغائب

إذا ادعت المرأة النفقة على رجل غائب ، واثبتت الزوجية فرض لها القاضى النفقة فى مال الغائب إذا كان المال حاضرا ، وذلك لعلم القاضى بوجود السبب الموجب للنفقة – وهو الزوجية – ويشترط فى هذه الحالة أن يحلف القاضى المرأة أن زوجها لم يعطها النفقة موضوع المطالبة – لجواز أن يكون قد أعطاها النفقة قبل أن يغيب عنها ، وهى تدعى لتأخذ النفقة ثانيا ، فإذا حلفت حكم لها القاضى إلا أن الاحناف اشترطوا أيضا للقضاء بالنفقة فى هذه الحالة أن يأخذ القاضى منها كفيلا لجـــواز أن يحضر الزوج فيقم البينة أنه كان قد أوفى نفقتها ، وسبب هذا الشرط أن القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه – والغائب عاجز عن النظر لنفسه فى هذه الحالة ، فإذا حضر الغائب بعد ذلك وأثبت بالبينة أنه كان قد أوفاها – أو أرسل لها – بشيء فى حال غيبته أمر القاضى الزوجة برد ما أخذت لأنها أخذت بغير حق .

المدعى عليه فى نفقة الصغير

الأصل فى نفقة الصغير أنها على والده ، أوفى مال الصغير أن كان له مال . والمدعى عليه فى الحالين هو والد الصـــغير لأن نفقته على والده لا يشاركه فيها أحد ، فيتعين لذلك اختصامه ليقضى عليه بالنفقة ، أو ليقضى فى مال الصغير بنفقته . والمال فى يد الأب باعتباره ولىُّ النفس والمال معا .

والصغير هنا يعم الصغيرة أيضاً . وشرط استحقاق النفقة على الأب الا يكون الصغير قد بلغ حد الكسب ، فإن بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه لو كان ذكرا بخلاف الأنثى . إلا أن من فقهاء الأحناف من قال لو استغنت الصغيرة بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها فى كسبها ، ولا تكون نفقتها واجبة على الأب إلا إذا كان كسبها لا يكفيها فيجب على الأب كفايتها بدفع القدر المكمل للكفاية .

إذا لم يتسير للأب الانفاق على صغيره أو الاكتساب ، أنفق القريب عليه ، لأن انفاق القريب يثبت بمجرد عجز الأب عنه – عن الكسب . ويشترط أن يختصم الأب فى الدعوى لكى يقضى على القريب بالنفقة لأنه لا يتوصل إلى الزام القريب بها إلا بثبوت عجز الأب ، ولا يكون ذلك الابمثوله أمام القضاء .

إذا كان الأب معسرا ، والأم موسرة رفعت الدعوى على الأب والأم معاً ليثبت إعسار الأب ويسار الأم ، وفي هذه الحالة تؤمر الأم بالانفاق على الصغير ويكون انفاقها دينا على الأب . والأم الموسرة – في النفقة – مقدمة على الجد ولو كان موسراً ، لأن الأم أقرب إلى الصغير ، ولها الرجوع على الأب بما انفقت وليس للجد ذلك .

إذا مات الأب وكان للصغير أم وجد ، قضى القاضي بنفقة الصغير عليهما على قدر إرثهما – أثلاثا . وقيل النفقة على الجد وحده (٢) . وقد قضى بأن الأب إذا كان زمناً يلحق بالميت ، وتجب نفقة أولاده الصغار على الجد الموسر بلا رجوع على الأب اتفاقاً ، فإن كان الأب فقيرا غير زمن ، ففي وجوب نفقة أولاده روايتان أصحهما أنها تجب على الأب ، ويؤمر القريب الموسر جدا أو أما أو غيرهما بالانفاق على الصغير ليرجع بها على الأب إذا أيسر (٣) .

وإذا كان للصغير أم وجد لأب ، وعصبة كالأعمام والأخوة وأبنائهم فالنفقة على الجد وحده لأنه في هذه الحالة ينزل الجد منزلة الأب ، والأب إذا وجد لا يشاركه في نفقة أولاده أحد . وقال ابن عابدين إذا كان معها (أي مع الأم) جداً لأب وأخ عصبي أو ابن أخ أو عم كانت النفقة مع الجد وحده ، ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة ، فكذا إذا كان موجوداً حكما فيجب على الجد فقط . وهذا بخلاف ما إذا كان للصغير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب فلذا تجب النفقة عليهما أثلاثاً حسب ميراثهما إذا توفى الصغير . جزء ٢ ص ٦٩٨ .

إذا كان للصغير جد لأب وأخ شقيق فالنفقة على الجد وحده ترجيحاً للجزئية هنا ولا أعتبار للإرث .

واذا كان للصغير جد لأم وعم فالنفقة على الجد ترجيحا بالجزئية رغم أن العم هو الوارث .

وإذا كان للصغير أم وأخ عصبي أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان – وذلك اعتبارا بالإرث هنا .

إذا كان للصغير جد لأب وجد لأم تكون النفقة على الجد لأب لترجيحه بالارث رغم تساويهما في الجزئية .

---

(٢) راجع ابن عابدين جزء ٢ ص ٦٩٨.

(٣) مبادىء القضاء الشرعي ص ١١٥٨ .

إذا كان للصغير أم وجد لأم كانت النفقة على الأم لترجحها بالارث وبالقرب (٤) .

من الأمثله السابقة يبين أن المدعى عليه بالنفقة يحدده مذهب الاحناف تارة بالقرب والجزئية ، تارة بالمشاركة فى الإرث . ولذلك يتعين على القاضى ملاحظة صفة المدعى عليه فى دعوى النفقة . وفى حالة وجود الأب المعسر يتعين اختصامه مع القريب الذى تجب عليه النفقة . والأب المعسر فى حق الزام غيره بالنفقة يعتبر معدوماً حتى يلزم القريب بها . وفى حق الرجوع عليه - إذا أيسر بالنفقة التى أداها القريب لا يعتبر معدوماً .

الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة القريب .

١ - نفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوج يسرا وعسرا . ونفقة القريب تقدر بقدر الكفاية .

٢ - نفقة الزوجة لا تسمع الدعوى فيها عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى . ونفقة القريب من وقت الحكم أما نفقة الأولاد فتستحق على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم .

٣ - شرط نفقة الزوجة عقد صحيح ، وتسليم الزوجة نفسها أما شرط نفقة القريب فإعساره ويسار من تجب عليه نفقته .

أحكام القضاء فى شأن نهائية حكم النفقة .

قضى بأنه إذا ذكرت الزوجة فى صحيفة دعواها النفقة على زوجها ، أن نفقة مثلها خمسة جنيهات مثلا ثم طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ولم تعين مقدار ما تطلب الحكم به ، كان المعتبر فى كون هذا الحكم نهائيا أو ابتدائيا هو ما يحكم به ، ولا اعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من أن نفقة المثل كذا ، حيث لم تطلب الحكم به (٥) .

وقضى بأنه ما لم تكن النفقة وفيها بدل الفرش والغطاء مقدرة فى الدعوى صدق عليها أنها لم تطلب الحكم بأكثر من ثلاثمائة قرش فى الشهر ، ولم يحكم لها بأكثر من ثلاثمائة قرش ، فإن الحكم يكون نهائيا . (٦)

وقضى بأن طلب الحكم بمقادير كبيرة للنفقة ارتجالا فى آخر لحظة فى

---

(٤) ابن عابدين جزء ٢ ص ٦٩٨ .

(٥) ق ٥٩٠ / ١٩٢٩ س ، ش ك بنى سويف - م ش ٢ ص ٩١٨ .

(٦) ق ٥٧٢ / ١٩٣٠ س ، ش ك مصر (١ / ٤ / ١٩٣١) .

القضية أمام المحكمة الجزئية لا يعتبر طلبا جديا للتقاضي ، فلا يكون له أثر في سير الدعوى ، ونقلها من النوع النهائي بطبيعته بمقتضى القانون إلى النوع الذي يستأنف (٧) .

وقضى بأن النهـائية التي نص عليهـا القانون في أحـكام النفقات يجب الا يتعدى أثرها غير الزوج والزوجة ، وغير الصغير ووالده ، ولا يصح أن يفهم أن الحكم يكون نهائيا بالنسبة لغير هؤلاء إذا تعدى الحكم إليه ، لأن المشرع لابد أن يكون له اعتبار خاص في نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه ، حدا به إلى منع قبول الاستئناف في الأحكام بالنفقات التي لا تتجاوز مقداراً معيناً ككثرة المنازعات والخصومات بين الزوجة وزوجها في نفقتها ونفقة الصغار ، مما هو واقع مشاهد ، تنظيما لأمر التقاضي فيها ، ولا كذلك الشأن في من يتعدى إليه هذا الحكم النهائي من غير الزوجين والصغار ، فإن ذلك مما يندر حصوله عادة ، وليس مما يسهل فهمه أن المشرع جعل بعض الأحكام نهائية وبعضها غير نهائي لمجرد الصدفة إلا لحكمة اقتضته ، فإن ذلك من العبث الذي يجب أن يصان عنه عمل المشرع (٨) .

وقضى بأن نفقة الصغير في ماله ليست بأعظم شأنا من نفقته على أبيه حتى تتطلب نظراً أدق وأكثر بجواز طرح النزاع فيها على الدرجتين الأولى والثانية في مقدار لا يجوز استئنافه فيما لو كان الحكم صادرا به على والد الصغير ، على أن الحكم بالنفقة على والد الصغير ، فيه الزام له بشيء يرجع النفع فيه إلى غيره ، ومع ذلك فهو خاضع في جواز استئنافه وعدم جوازه إلى مقدار المطلوب أو المحكوم به ؛ والحكم بنفقة الصغير في ماله فيه معنى الزام الصغير بما يعود النفع فيه إليه وحده ، فأولى به أن يخضع للقواعد التي يخضع لها الحكم على والده في جواز الاستئناف أو عدم جوازه ، بل الأمر في نظر العقل وتمشيا مع قواعد العدل وحكمة التشريع يجب أن يكون على العكس . وقد الحق المشرع نفقة الصغير بنفقة الزوجة فجعل الحكم فيها قابلا للاستئناف إذا جاوز المائة قرش لكل نوع رعاية لجانب الصغير ومن هـو فـي يـده ، كما روعـي جانب الزوجة في ذلك ، ولـم يجعل المشرع فارقـاً بين أن تكـون النفقة له في ماله أو في مال والده (٩) .

---

(٧) ق ١٢٢٧ / ١٩٣٧ س . ش ك مصر (٢٠ / ١٢ / ١٩٣٨) .
(٨) ق ٥٦٨ / ١٩٣١ س ش ك طنطا (٣٠ / ٧ / ١٩٣١) .
(٩) ق ١١١ / ١٩٣٢ س ش ك طنطا (٢٧ / ٩ / ١٩٣٢) .

مدى نهائية الحكم بالنفقة بالنسبة للكفيل

هناك رأى بأن النصاب النهائى فى نفقة الزوجة نهائى مطلقا سواء كانت الخصومه بين الزوجين وحدهما أم دخل فى الخصومة غيرهما ، إذ العبرة في ذلك بوصف النفقة انها نفقة زوجة على زوجها أيا كان الذى يؤمر بأدائها – الزوج أم الكفيل – وحجة هذا الرأى أن المادة الخامسة من القانون عبرت فى شأن ذلك بنفقة الزوجة ، من غير نص يتعلق بالمحكوم عليه زوجا أو غيره . كما أن المادة السادسة عبرت فى حكم المحاكم الجزئية ابتدائيا بلفظ نفقة الزوجة وكذلك لم تعبر المذكرة الايضاحيه للقانون إلا بعبارة نفقة الزوجة كذلك . وكل هذا يدل على أن النصاب النهائى فى هذه النفقة نهائى مطلقا بالنسبة للزوج أو غيره ممن دخل فى الخصومة ليحكم عليه .

وهناك رأى آخر أجاز للكفيل أن يستأنف الحكم فيما أمر بأدائه مما اصطلح عليه الزوجان ، ولمحكمة الاستئناف تعديله بالنسبة له لأن النفقة وجبت على الكفيل بمقتضى الكفالة وليس بسبب الزوجية . وهذا الرأى أقرب إلى العدالة ، ويمنع الزوجة من الأتفاق مع زوجها على الإضرار بالكفيل ، فضلا عن أنه يقوم على سند يحمله ، وهو كون الالتزام بالنفقة ناشىء من عقد الكفاله ، والتزام الزوج بها ناشىء من عقد الزواج المقترن بالاحتباس .

حجية الأحكام الصادرة بالنفقة

الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما تقبل التغيير والتعديل ، وترد عليها الزيادة والنقصان ، بسبب تغيير الظروف بالنسبة للمفروض عليه النفقة أو المفروضة له . كما يرد على النفة الاسقاط بسبب تغيردواعيها كأن تتزوج المطلقة المفروضة لها النفقة ، أو يكبر الصغير أو يظهر له مال . إلا أنه يجب ملاحظة إن الحجية المؤقتة للحكم الصادر بالنفقة تظل باقية طالما أن دواعيها وظروف الحكم بها لم تتغير . والحكم الذى ينكر هذه الحجية يقع مخالفا للقانون ، ويجوز الطعن فيه بطريق النقض (١٠) .

حجية حكم النفقة فى موضوع النسب

الأصل أن الحكم الصادر بنفقة الصغير على أبيه بناء على طلب الزوجة – أنه حجة فيما يقضى به من تقرير نفقة ، على قيام الزوجية وثبوت النسب ، لأن الأصل فى دعوى النفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائما فيها باعتباره

---

(١٠) طعن رقم ٢١ / ٢٨ ق س ١١ ص٥٤٠ وطعن ٤ / ٤٠ ق س ٢٣ ص١٠٠٢ .

سببا للالتزام بالنفقة ، ولا تتجه الدعوى إلى المدعى عليه إلا به ، فيكون قائما فيها وملازما لها ، وتتبعه وجودا وعدما ، أخذا بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هو الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل . وعلى ذلك فإن الحكم بالنفقة للصغير فى حد ذاته ليس بذى حجة فى ثبوت النســـب ، لأنه يتعين للقول بحجيته فى موضـــوع النسب أن يعرض الحـــكم لهذه المسألة الاســـاسية ، ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام بالنفقة . فإذا كان الحكم قد بنى قضاءه - فى غيبة المطعـــون ضده - بنفقـــة للصغير على أساس القـــدرة المالية للمدعى عليه فيهـــا مبينا القاعدة العامة وشـــرائطها فى نفقـــة الفرع على أصـــله وفقا للقانون دون أن يبحث انعقاد الزوجية التى تدعيها الطاعنة ، ومدى ثبوت نسب الصغير بالفراش ، وكان لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون أن يناقش فعلا وواقعا - وليس ضمنا أو قانوناً - قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فى صدد القرابة والنسب فإن الحكم بالنفقة فى هذه الحالة لا يكون حجة فى موضوع النســـب (١١) .

الفقرة الثانية : - النفقة عن مدة سابقة

نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ، تعتبر دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق - عليها - مع وجوبه ، ولا يسقط - دينها - إلا بالأداء أو الأبراء . وتأخذ نفقة المطلقة الحكم السابق بالنسبة لثبوتها دينا فى ذمة مطلقها ، وذلك من تاريخ الطلاق . وعلى هذا يكون للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على رفع الدعوى ولو كانت أكثر من شهر - إذا ادعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوب الانفاق عليها فى هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى أثبتت الزوجة ذلك حكم لها بما طلبت .

النفقة - عن مدة سابقة على رفع الدعوى - تتصور فى حالة الزوجة أو المطلقة لأن النفقة جزاء الاحتباس ، وتعتبر دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه . كما تتصور النفقة عن مدة سابقة فى حالة الأولاد بعد النص عليها فى المادة ١٨ مكررا ثانيا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ معدلا بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ . أما بقية نفقة الأقارب فيقضى بها من تاريخ الحكم لأن نفقتهم شرعت للحاجة ، والحاجة تندفع قبل الحـكم .

---

(١١) طعن ٢٩ / ٣٩ ق س ٢٦ ص٤٨٣ .

أشترط النص لنهائية الحكم الصادر بالنفقة عن مدة سابقة :-

١ - أن يكون المطلوب نفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى .

٢ - إلا يزيد مجموع ما يطلب الحكم به في الدعوى عن عشرين جنيها - إذا كان الطلب معينا ، أو لم يحكم بأكثر من ذلك إذا كان الطلب غير معين .

ومما لا شك فيه أن الفقرة الثانية تنطبق أيضاً على النفقة عن مدة سابقة بالنسبة لنفقة الأولاد - وذلك لعموم النص وعدم قصره على نفقة الزوجة .

الفقرة الثالثة : - المهر والجهاز .

المهر والجهاز إذا كان ما يستحقه الطالب لا يزيد على ألفي قرش ، وكانت قيمة المهر أو الجهاز لا تزيد على عشرة آلاف قرش .

النهائية هنا مقررة بما يبررها ولها شروطها وهى : -

١ - أن يكون الطرفان غير مختلفين في المهر أو الجهاز ، لا من حيث وجوبه ولا من حيث مقداره ، لأن الخلاف في هذه الحالة يكون نزاعا في سبب الحق المدعى به ومن ثم يجعل الحكم ابتدائيا وليس نهائيا .

٢ - أن يكون المستحق المرفوع به الدعوى هو قيمة الباقي من المهر أو الجهاز لأن الحكم لن يكون له تأثير إلا في القيمة المطلوبة .

٣ - الا تزيد قيمة المهر أو الجهاز على عشرة آلاف قرش .

إذا كان المطلوب رده من الصداق لا يزيد على عشرين جنيها ، ولم يتجاوز مجموع الصداق مائة جنيه كان الحكم الصادر في موضوعه نهائيا ، ولا يؤثر في ذلك اختلاف الطرفين في الخلوة الصحيحة لأن هذا الأختلاف لا يعتبر نزاعا في سبب الحق ، إذا السبب في استحقاق المهر هو الزوجية أما الطلاق قبل الخلوة فالنزاع فيه نزاع في الشرط لا يعتبر مسوغا للأستئناف (١٢) .

الخلوة بين الزوجين البالغين المسلمين وراء ستر أو باب مغلق توجب المهر والعدة عند الأحناف (١٣) وقد استدل الأحناف بما يأتي : -

١ - قال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) وهذا منع من الله عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة . فالإفضاء عبارة عن الخلوة ، ومنه يسمى المكان الخالي « فضاءاً » .

٢ - روى عن عبد الرحمن بن ثوبان أن النبي ﷺ قال « من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل » .

---

(١٢) ق ٩١٤ / ١٩٣٥ س . ش ك مصر ٢٥ / ٥ / ١٩٣٦ .

(١٣) المبسوط جزء ٥ ص ١٤٨ وقد اوردت هذه الأحكام زيادة في الايضاح .

٣ – روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما فرقا بين العنين وامرأته والزماه المهر كاملا وقالا ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم .

٤ – جاء عن زرارة بن أبى أوفى أنه قال « قضت السنة من الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم أن من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجاباً كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل لأنها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد ، فيتقرر حقها فى البدل ، كما إذا وطئها الزوج .

٥ – المعتبر عند الاحناف هو تسليم المستحق بالعقد ، ولا يعلقون البدل بالاستيفاء . وفى عقد النكاح ، المستحق على المرأة هو مافى وسعها ، وفى وسعها تسليم نفسها فى حال زوال المانع – لا حقيقة استيفاء الوطء . فإذا أتت المرأة بما هو المستحق عليها تقرر حقها فى البدل ، لأن تقرر البدل يكون بتسليم ما باعتباره يجوز العقد .

حد الخلوة الصحيحة أن لا يكون هناك مانع يمنع الزوج من الوط طبعا ولا شرعاً ، حتى إذا كان أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو صائما فى رمضان أو محرما ، أو كانت حائضا لا تصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا .

ولا تصح الخلوة لقيام المانع حسا كما إذا كانت المرأة رتقاء أو قرناء بخلاف ما إذا كان الزوج مجبوبا أو عنينا .

ولا تصح الخلوة إذا كان بين الرجل والمرأة ثالث لأن وجود ثالث بينهما يعتبر مانعا إلا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لايعقل أو مغمى عليه .

الفقرة الرابعة : – الصلح بين الخصمين فيما يجوز شرعاً .

الصلح سبب لقطع المنازعة لما فى امتدادها من الفساد ، والله لا يحب الفساد والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراماً . وقد جرت العادة على أن الصلح يقع على بعض الحق ، وأنه جائز بين الخصمين على خلاف مقتضى الحكم لأنه يعتمد التراضى منهما ، وبالتراضى ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير عوض .

والصلح أمر حث عليه السلف ، فقد ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه قال « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن » فالقاضى لا ينبغى له أن يعجل الفصل فى القضايا ، وأنه مندوب إلى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شىء ويدعوهم إلى ذلك ، فالفصل فى الخصومة بطريق الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين .

والفصل فى الخصومات بطريق الصلح شرطه أن لا يستبين وجه الحق ، أما بعد استبانته فلا ينبغى على القاضى رد الخصوم ليصطلحوا إلا برضــائهم ، ولا يفعل ذلك إلا مرة أو مرتين لما فى الإطالة من الإضرار بمن ثبت الاستحقاق له فى تأخير حقه ، ولأن ذلك يجر إليه تهمة الميل ، وعلى القاضى أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه (١٤) .

إذا تم الصلح بين طرفى الدعوى كان الحكم المبنى على هذا الصلح أو الصلح نفسه بمثابة حكم نهائى غير قابل للاستئناف بشرط : –

١ – أن يتم الصلح أمام المحكمة ، أو أن يقره الطرفان أمامها .

٢ – أن يكون موضوع الصلح جائزا شرعا – أى يكون فى الأمور الجائزة شرعا ، وألا يكون على الإخلال بحق من حقوق الله .

يرى بعض الفقهاء أنه يجوز الصلح على أمور ليست من اختصاص القاضى الجزئى ومع ذلك فإن حكمه المتضمن التصديق على هذا الصلح يكون نهائيا (١٥) وهذا الرأى محل نظر – ذلك أن مؤدى النص أن الصلح بين الخصمين أمام المحكمة خاص بأمر من الأمور الواردة فى المادة الخامسة ، أى بشأن نزا ع ينعقد اختصاص المحكمة بنظره طبقا للمادة المذكورة . وعلى ذلك إذا لم ينعقد الاختصاص للمحكمة بنظر المادة المعروضة عليها ، فإن الصلح على هذه المادة أمامها لا ينعقد لها الاختصاص بنظره .

القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من أتفاق ، ولا يعدو هذا الاتفاق ، أن يكون عقدا ليس له حجية الشىء المحكوم فيه ، إلا أن المادة ٥٥٣ من القانون المدنى نصت على أن « تنحسم بالصلح المنازعات التى تتناولها » ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا » مما مؤداه أنه إذا انحسم النزا ع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزا ع لا بإقامة دعوى ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة مما حسمه الطرفان صلحاً (١٦) .

---

(١٤) راجع المبسوط للرضى جزء ٢٠ ص ١٣٢ .
(١٥) شرح اللائحة الشرعية للاستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ص١٢٢ .
(١٦) طعن ١١٣ / ٤٦ ق . س . ٣٠ ص ٢٨ .

الفقرة الخامسة : التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين

لكل من خصمي الدعوى أن ينيب عنه غيره لمباشرة الخصومة فى أحد الأمور الواردة بالنص ، وهى طلب الزوجة نفقتها أو نفقة صغيرها من المدعى عليه ، وطلب النفقة عن مدة سابقة وطلب المستحق فى المهر أو الجهاز إذا لم يزد على الفى قرش ، والصلح بين الخصمين . فإذا قام نزاع بشأن الإنابة فى أحد الأمور السابقة أمام القاضى الجزئى كان له الفصل فى هذا النزاع بحكم نهائى غير قابل للاستئناف .

ويشترط لنهائيه الحكم : –

١ – أن يكون التوكيل صادراً من أحد الخصمين فى الدعوى ، فى أمر من الأمور الواردة فى المادة الخامسة .

٢ – أن يكون التوكيل فى نزاع من اختصاص القاضى الجزئى الفصل فيه بحكم نهائى حتى يكون حكمه فى الإنابة نهائيا بطريق التبعية . (١٧) .

التوكيل قد يكون فى مجلس القضاء ، وشرطه أن يكون ثابتاً بورقة رسمية ، أو صدرت الوكالة أمام القاضى وسجلها فى محضره . أما إذا كانت الوكالة فى ورقة عرفية فيجب أن يكون مصدقا على توقيع الموكل . ولا فرق بين أن يكون الوكيل محاميا أو غير محام . وإذا كانت الوكالة على هذا الوجه فلا يقبل الطعن فيها الإبطريق الإدعاء بالتزوير .

إذا قام نزاع فى شأن الوكالة بإحدى الطرق السابقة فى دعوى من اختصاص القاضى الجزئى الحكم فيها نهائيا كان حكمه فى الوكالة نهائيا بطريق التبعية .

الفقرة السادسة :– ألا يكون هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به .

اشترطت المادة الخامسة لصيرورة الحكم فى المسائل المحددة بها نهائيا الايكون هناك نزاع فى سبب الحق المدعى به ، والإ كان الحكم الصادر من القاضى الجزئى ابتدائيا يجوز الطعن فيه بطريق الأستئناف . وتقول المذكرة الأيضاحيه للنص « إن الحوادث دلت على أنه قد ترفع دعوى بنفقة زوجية ويحكم فيها بما دون النصاب النهـائى، ويكون هناك نزاع بين المتداعيين فى الزوجيـة ،

---

(١٧) شرح الائحة للاستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد .

فيكون هذا الحكم ابتدائياً بالنظر إلى النزاع في الزوجية ، وانتهائياً بالنظر إلى النفقة المحكوم بها ، وقد تقرر محكمة الأستئناف رفض دعوى الزوجية ، ولا تستطيع أن تمس الحكم فيما يختص بالنفقة ، ويترتب على ذلك اضطراب وإشكال . لذلك رؤى تدارك هذه الحالة بالنص على أن الأحكام الصادرة بالتطبيق للمادة الخامسة الجديدة لا تكون نهائية إلا إذا لم يكن هناك نزاع في سبب الحق الذي جرى فيه التداعي بين الخصمين كالزوجية والبنوة في دعوى نفقة الزوجة أو الصغير ، فإذا كان هناك نزاع فيه فإن الحكم يستأنف بجميع مشتملاته » .

الحكم الصادر في دعوى نفقة الزوجة يقبل الأستئناف متى كانت الزوجية منكورة سواء كان نصاب الدعوى مما يستأنف أم مما لا يستأنف ، لأن النزاع في الواقع إنما هو في حصول الزوجية من عدمه ، فهو نزاع في سبب الحق المدعى به .

إذا كان سبب الحق محل نزاع جاز استئناف الحكم الصادر فيها ولو كان موضوع الدعوى نهائيا . لأن المقصود من السبب هنا هو الأمر الموجب سواء سبباً أم شرطاً والسبب بهذا المعنى يتناول الخلوة والخلاف بشأنها . كما يشمل إنكار نسب الولد المفروض له النفقة ، والنزاع في موجب العدة لأن النزاع في موجبها ، وعدمه نزاع في السبب بحكم الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة ، فسبب وجوب نفقة العدة هو الدخول فلا تحول نهائية المفروض لعدم الطلب أو الفرض بأزيد من النصاب دون الاستئناف .

وقضى بأنه وإن كان حكم النفقة قد بني على تفويض المدعية لمحكمة أول درجة التقدير ولم يحكم بما لا يزيد على مائة قرش شهريا ، وما يستحقه المدعى في دعوى رد ما زاد على نصف المهر لم يزد على الفي قرش ، إلا أنه يوجد نزاع بين الطرفين في سبب الحق المدعى فيها ، وهو الدخول أو الخلوة ، وعدمها فيجوز استئنافه (١٨) .

---

(١٨) مبادىء القضاء ص٢٢٤ .

مـادة – ٦ (١٩) تختص المحاكم المذكورة بالحكم الأبتدائى فى المنازعات فى المواد الأتية :–

حق الحضانة ، وحق الحفظ .

انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد أخر .

نفقة الزوجة ونفقة الصغيرة بجميع أنواعهما إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على النصاب المبين فى المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك .

الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير ، إذا كان مجموع الزائد والأصل أكثر من مائة قرش فى الشهر فى كل نوع أو أكثر من ثلثمائة قرش فى مجموع الطلبات .

النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى ، إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش .

النفقات بين الأقارب .

المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطالب على ألفى قرش أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش .

دعوى الأرث بجميع أسبابها فى التركات التى لا تزيد قيمتها على عشرين الف قرش .

دعوى النسب فى غير الوقف .

الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق

الطلاق والخلع والمبارأة .

الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .

وتكون أحكام النفقات المذكورة فى هذه المادة نافذة مؤقتا ولو مع حصول المعارضة أو الأستئناف .

---

(١٩) المحاكم الشرعية الجزئية المنصوص عليها فى المادة الخامسة .

يجب ملاحظة أن المادة الثامنة من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية واحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية - نصت على أن « تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا لما هو مبين فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب فى غير الوقف ، والطلاق والخلع ، والمبارأة ، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها فى المادة السادسة من اللائحة ، فإنها تكون دائما من اختصاص المحاكم الإبتدائية . مؤدى هذا النص أن المشرع اعتبر المواد الواردة به من اختصاص المحاكم الإبتدائية ، وليس من اختصاص المحاكم الجزئية ، لما لهذه المواد من طبيعة خاصة تحتاج إلى أبحاث فقهيه يتناولها ثلاث قضاة بدلا من قاض واحد .

الفقرة الأولى : - حق الحضانة والحفظ

ا - حق الحضانة : -

الحضانة شرعا هى تربية الصغير ، ورعايته ، والقيام بجميع أموره فى سن معينة ، ممن له الحق فى الحضانة . وسببها عجز الصغير فى أول حياته عن القيام بأمور نفسه ، وعدم إدراكه لما ينفعه وما يضره . وقد ناط الشارع أمر حضانة الصغير ورعايته لوالديه لأنهما أقرب الناس اليه عادة وأوفرهما شفقة وحناناً عليه فوزع أمر رعايته وتربيته عليهما وجعل الأم أحق بحضانة الصغير فى حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدمتها ، وعدم استغنائه بنفسه عنها ، وهى أقدر فهما له فى أولى مراحل حياته ، وأعظم صبراً عليه فيها .

ويقول صاحب المبسوط فى ذلك « إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل المشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم ، فجعل حق التصرف إلى الأباطقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأى وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن وذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت . والظاهر أن الأم أحنى وأشفق من الأب على الولد ، فتتحمل فى ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب ، وفى تفويض ذلك إليها منفعة للولد والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﴿ﷺ﴾ فقالت إن ولدى هذا قد كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ، وأن هذا يريد أن ينزعه منى ، فقال ﴿ﷺ﴾ « أنت أحق به مالم تتزوجى » ولما خاصم عمر رضى الله عنه ، أم عاصم بين يدى أبى

بكر رضي الله عنه لينتزع عاصما منها ، قال أبو بكر ، ريحها خير له من سمن وعسل عندك (٢٠) فإذا عرفنا ذلك نقول إذا فارق الرجل امرأته ولها منه ولد فالأم أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها - فإن كان غلاماً فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ، ويتطهر بالماء بلا معين (٢١) وإن كانت جارية فالأم أحق بها حتى تحيض الجارية . وقد ترك الإحناف القياس في هذا الشأن - الذي من مقتضاه تسوية الغلام بالجارية في المقدرة على الأكل والشرب والملبس والتطهر بالماء بدون مساعدة أحد ، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بالغلام والجارية لأن للأم حق الحضانة ، وهذا الحق ينتهي إذا استغنى الصغير أو الصغيرة عن الأم ، والحاجة إلى الحفظ بعد ذلك ، والأب أقدر على الحفظ لأن المرأة تعجز عن حفظ نفسها على ما قيل « النساء لحم علىَ وضَمْ الا ما ذُبَّ عنهن » (٢٢) فكيف تقدر على حفظ غيرها غيرأن غيرالاحناف رغم ذلك يقولون إن الجارية وإن استغنت عن التربية فقد احتاجت إلى تعلم الطبخ وغسل الثياب (أي شئون الحياة العادية) والأم على ذلك أقدر ، وإذا دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها ، والحياء في النساء زينة ، وأنما يبقى ذلك إذا كانت تحت ذيل أمها ، فكانت أحق بها حتى تحيض ، فإذا بلغت احتاجت إلى التزويج وولاية التزويج إلى الأب ، وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال ، وبالرجال من الغيرة ماليس للنساء ، فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك . ومن الأحناف من قال إذا بلغت البنت حد الشهوة فالأب أحق بها للمعنى السابق وهو قوة غيرة الرجال فإن الأم ربما تخدع فتقع في فتنة ولا تشعر الأم بذلك .

وقال الأحناف في ضم الأب للغلام - إذا استغنى عن خدمة النساء - أنه قد يحتاج إلى تعلم أعمال الرجال ، والأب على ذلك أقدر ، واحتاج إلى من يثقفه ويؤدبة والأب هو الذي يقوى على ذلك ، ولأن صحبة النساء مفسدة للرجال ، فإذا ترك عندها ينكسر لسانه ، ويميل طبعه إلى طبع النساء فربما يجيء مخنثا ، فلهذا يدفع الغلام إلى الأب بعد ذلك .

---

(٢٠) نقل الحديث بعدة روايات .

(٢١) ابن عابدين جزء ٢ ص٦٥٣ .

(٢٢) الوضم كل شيء يوضع عليه اللحم من خشب أو باريه يوقى به من الأرض ، والحديث منسوب لعمر رضي الله عنه - وقد قاله وفي النساء عائشة التي قال فيها الرسول خذوا نصف دينكم عن هذه الحميراء ، وكثير من النساء اللاتي لهن مواقف كثيرة في الأسلام لسان العرب ص٤٨٦١ .

الشافعي رضي الله عنه يخير بين الأبوين ، فيدفع إلى من اختار الغلام صحبته ، وحجته في ذلك أن النبي ﴿ﷺ﴾ خير غلاما بين الأبوين . وهذا الرأى ليس معمولا به في محاكمنا لأن الصبي في العادة يختار ما يضره لأنه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته ، والحديث الذي استند إليه الشافعي فقد روى في الأثر إن النبي ﴿ﷺ﴾ دعى الغلام فقال « اللهم سدده » فببركة دعاء النبي أختار الغلام ما هو أنفع له ، ولا يوجد مثله في حق غيره .

النظر في حق الحضانة ذاته عظيم الشأن لذلك رأى واضع اللائحة أن يكون الحكم الصادر بشأنه ابتدائيا حتى يتمحص الحق باعادة النظر فيه مرة أخرى إذا اقتضى الحال .

ترتيب الحضانة بين النساء غير الأم ، وبين الرجال بعد الأب أمر يكاد يكون متفقا عليه بين الفقهاء على الوجه الذي حددته المادة العشرين من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ معدلا بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ ، ولا تجبر الحاضنة على إمساك الطفل وحضانته – قضاء – إلا إذا تعينت لذلك بأن احتاجها الولد ولم يوجد سواها من النساء . إلا أن الأب يجبر على ضم ولده إليه متى انتهت حضانة النساء له ، وتنازل الأب عن ضم الولد إليه باطل ومن ثم يجوز له أن يرجع عن هذا التنازل ويرجع إلى طلب الضم .

يشترط في الحاضنة إجمالا :-

أن تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة خالية من زوج غير رحم محرم للمحضون ، وأن تكون هي رحما محرما له أيضا غير مرتدة عن الأسلام ، وأن لا تمسك الصغير في بيت من يبغضه وأن لا تمتنع عن الحضانة بالمجان عند إعسار الأب وعجزه عن الوفاء بأجرة الحضانة .

ويشترط في الحاضن من العصبة على وجه الاجمال :

أن يكون بالغا عاقلاأميناً قادراً على الحضانة متحداً في الدين مع المحضون ، فلا حضانة مع إختلاف الدين .

شرط البلوغ في الحاضن ذكرا أو أنثى ، سببه أن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية . ولا يصلح المجنون ولا المعتوه حاضنا كذلك لأن في إعطاء هذا الحق لمن قام به هذا المرض خطر على المحضون . والحضانة مناطها المصلحة والنفع إذ المحضون عاجز طبعاً عن حماية نفسه وتدبير أموره ، فضلا عن أن كلا من المعتوه والمجنون ولايتهما لغيرها كالصغير .

وشرط الأمانة على الصغير مقتضاه أن تحفظ الحاضنة الولد ، ولا يضيع عندها سواء بتعريضه للتلف جسديا ، أو خلقيا ، وعلى هذا فإن فسق الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إلا إذا ترتب عليه ضياع المحضون ، سواء لخروجها للفسق ، أو لارتكاب الفسق في مسكن الحضانة . وقد قال الفقهاء إن الحاضنة إذا انصرفت للعبادة – كالصلاة – حتى شغلت عن الولد لا تكون مأمونة عليه خشية ضياعه ، ولزم انتزاعه منها . كما أنه إذا ترتب على فسق الحاضنة إضرار بذات الولد أو نفسه بطل حقها في حضانته ، ولذا قال الفقهاء إن الفاسقة أحق بولدها مالم يعقل ما تفعله ، وكذلك الذميه – غير المسلمة – أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان ، أو يخاف عليه أن يألف ديانة وعبادة غير المسلمين . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التى يعقل الصغير أو يألف فيها ذلك فقدرها بعضهم بسبع سنوات ، وفي إلف غير الأسلام لا تقيد بهذه السن (٢٣)

ومن صور عدم الأمانة كثرة خروج الحاضنة من المسكن ولو لعمل مشروع ما دام يترتب على هذا الخروج ضياع الولد ، وسوء تربيته ، لأن المناط هو حفظ الولد أو ضياعه لا خروجها أو عدم الخروج ، فقد تكون الحاضنة مستقرة . في المسكن ، لكنها غير حفيظة على المحضون . مهملة لشئونه ، فيضيع وهو تحت بصرها . وقد قضى بأن محترفة البغاء ليست أهلا للحضانة صيانه للولد ، وتحديد الفسق ، والخروج الذى يترتب عليه ضياع الولد ، أو عدم الأمانه بالمفهوم السابق أمر يقدره القاضى ، وفقاً للبيئة وعادات الناس وتقاليدهم ، في نطاق أن الحضانة مدارها على نفع المحضون وحفظه جسديا ونفسيا . (٢٤)

ليس المقصود بالحضانة دوام ملازمة الحاضنة للصغير ، وإنما – كما تقدم وكما هو مقتضى نصوص الفقهاء – المناط في الحضانه هو حفظ الصغير وتعهده سواء بشخص الحاضنة أو بغيرها ، وعلى هذا فإن الحاضنة التى تعمل خارج المنزل – كالمدرسة والطبيبة أو أى عمل تقره الشريعة الأسلامية – لا يسقط حقها في الحضانة لمجرد الأحتراف والخروج ، وإنما إذا عجزت عن صون الولد ، وترتب على خروجها إهماله وضياعه نفسيا أو جسديا ، سقط حقها في الحضانة . وتقدير المهنة التى تحترفها الحاضنة ، ومدى تأثيرها على المحضون أمر متروك لقاضى الدعوى في نطاق القواعد الشرعية العامة ، وما يقره الأسلام من عرف وعادة .

---

(٢٣) حاشيه ابن عابدين جزء ٢ ص٨٧٦ .

اقتدار الحاضنة على الحضانة مقتضاه ، إن تستطيع الحاضنة تدبير مصالح المحضون والمحافظة عليه ، وحفظه حيث يلزم الحفظ ، فإن عجزت عن ذلك بسبب مرض ، أو كانت عمياء ، أو بسبب شيخوخة سقط حقها في الحضانة لافتقادها القدرة عليها . ولا تشترط القدرة الذاتية إذ لو كانت الحاضنة قادرة بغيرها على حفظ المحضون لم يسقط حقها في حضانته . فالمدار هنا على القدرة أو انعدامها ، لأن الغرض هو القيام بمصالح المحضون وحفظه .

زواج الحاضنة بغير رحم محرم للمحضون يسقط حقها في حضانته . إذا تزوجت الأم – الحاضنة – فللأب أن يأخذ ولده منها . قال ﴿ﷺ﴾ « ما لم تتزوجني » فجعل بذلك الحق في الحضانة للأم إلى أن تتزوج بغير أب المحضون ، لأنها بزواجها قد انشغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد ، والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم فكان للأب أن لا يرضى بذلك ، فيأخذ الولد منها . وأم الأم في الحضانة سواء لأنها بمنزلة الأم بعدها ، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة ، وهي أم تلد أماً فهي أولى من أم الأب لأنها تدلي بقرابة الأب ، وقرابة الأم في الحضانة مقدمة على قرابة الأب .

سكنى الحاضنة عند المبغضين للمحضون مسقط لحقها في الحضانة ، لأن في هذا إضرارا بذات الولد ونفسه ، وقد يؤدي إلى حرمانه من ضروريات تلزمه في حياته ، وقد قضى بأن مساكنة الحاضنة للأجنبي تمنعها من حق الحضانة ولو لم يثبت الفسق لأنه في أرقى درجاته يكون زوجا وهو مانع بالنص كما يمنعها نفس السكن معه . قال في الدر وابن عابدين إذا امسكت الحاضنة المحضون في بيت أجنبي غير الزوج استظهر صاحب الدر السقوط ، وفي النهر والظاهر معه . كما استظهره أيضا الحجة الرملي ، وقال ابن عابدين والأصوب التفصيل ، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق ، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له ، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة يرى الأنفع للولد جزء ٢ صـ ٨٨٠ . غير أن هذا الشرط يخضع لتقدير القاضي إذا جدت ظروف تقتضي بقاء الولد في يد الحاضنة المتزوجة بغير رحم محرم له ، فالقاضي إن يبقيه اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها .

---

(٢٤) الزيلعي ج ٣ ص ٤٦ . ابن عابدين ج ٢ ص ٨٧٢ .

ومن البديهى أنه إذا قام بالحاضنة مانع ثم زال عاد إليها حق الحضانة كما إذا طلقت من الزوج غير المحرم أو أفاقت من الجنون .

القرابة المحرمية هى التى تناط بها الواجبات ، وترتب الحقوق فى كثير من الأمور الشرعية ، وهى أوثق رباط وأعطف وأشفق - ولذلك كانت القرابة المحرمية سببا فى تحريم الزواج ، وفى ذلك يقول الكسانى فى الدائع « إن مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة » وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أنه لا حضانة للقريبة غير المحرم للمحضون كبنت العم أو بنت العمة أو بنت الخال ولا للمحرم التى ليست رحما كالأم رضاعا والأخت رضاعا ، ومن باب أولى إذا لم تكن الحاضنة قريبة ولا محرماً .

يسقط حق الحضانة إذا ارتدت الحاضنة عن الأسلام لأنها غير امينة - بردتها - على دين المحضون . فأن تابت الحاضنة ، بعد ردتها ، وعادت إلى الأسلام زال المانع وعادت اليها الحضانة .

الأمراض المعدية والضارة بالصغير تسقط الحضانة عن الحاضنة . وكذلك امتناع الحاضنة عن تربية الصغير مجانا عند اعسار ابية مسقط لحضانتها . وهذا الحكم ليس خاصاً بالأبوين ، بل يسرى أيضا بالنسبة لكل من يحل محلهما فى الحضانة .

هذا ويجب ملاحظة أنه إذا كان الأب موسرا فإنه يجبر قضاء على أداء أجر الحضانة للأم أو لغيرها من الحاضنات ، ولا تقبل منه - أو من المتبرعة بالحضانة - دعوى تخيير الحاضنة لوجود متبرعة بالحضانة مجانا ، لأن الولد صاحب حق فى بقائه فى يد حاضنتة صاحبة الدور الشرعى فى الحضانة . ولم يشترط الفقهاء فى الحاضنة المتبرعة أن تكون موسرة - بمعنى أن يجتمع لها نصاب اليسار - وأنما تكفى قدرتها على الحضانة مجانا ، ولابد مع ذلك أن يتوافر فيها بقية شروط الحضانة فإن فقدت إحداهما لم يقبل عرضها بالتبرع ، وإنما يبقى الصغير مع حاضنته بالآجر . والمقصود بالأجر هنا أجرة الحضانة التى تريدها الحاضنة وترغب المتبرعة الحضانة بدونها . وقد قضى بأنه يكفى مسوغا لسماع دعوى التخير فى الحضانة ابتناؤها على فقر والد الصغير ووجود متبرعة بالحضانة مجانا (٢٥) كما قضى بأن يسار الأب وقدرته على اداء النفقة مانع من التخيير . كما أن يسار الأب دليل على كيدية دعوى التخيير ولذلك يجب رفضها .

---

(٢٥) المحاماه الشرعية س ١٦ ص٣٩٨ .

شروط حضانة الرجال .

مرحلة ضم الولد إلى ولى النفس تبدأ بانتهاء حضانة النساء . ويشترط فى ولى النفس البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية الولد والقيام بشئونه ، ويشترط أتحاد الدين فى الحاضن والمحضون .

إذا سقط حق الحاضنة انتقل إلى من يليها من الحاضنات فى الأستحقاق .

وقد تنتهى الحضانة لأى سبب فيقع التزاحم بين اقارب الصغير كل يريد حضانته أو حفظه عنده . والبحث فى من هو أحق بالحضانة يقتضى الرجوع إلى المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ ثم إلى ارجح الأقوال فى المذهب الحنفى - عند عدم النص - لبيان الأولى بهذا الحق والمنازعات التى تنشأ بشأن الحضانة والحفظ يكون الحكم فيها ابتدائيا قابلا للأستئناف .

ومن المقرر شرعا أنه مادام حق الحضانة ثابتا للأم فليس للأب إخراجه من البلد المقيمة هى به ، اللهم الا إذا رضيت بذلك ، لأنها والحالة هذه تكون قد أسقطت حقها فى الحضانة .

وقد اهتم المشرع بحقى الحضانة والحفظ فنص فى المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات على إن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه . وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو اكراه » ومناط تطبيق هذا النص إن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار (٢٦) .

حق الحضانة أو الحفظ يختلف عن حق الرؤية ، سواء كانت رؤية الأب لولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم لولدها الذى كان فى حضانة أبيه أو مع غيره من العصبات .

الفرق بين الحضانة والحفظ

الحضانة تكون فى السن التى عينها قانون الموضوع . أما الحفظ فقد يكون فى سن الحضانة وقد يكون بعدها ، ومن ثم فإن حكم القاضى بابقاء الغلام فى يد الأم مثلا بعد سن العاشرة حتى سن الخامسة عشر حفظ لا حضانه ، وكذلك

---

(٢٦) نقض جنائى ١٥١ / ٤٢ س ٢٣ ص ٤٨٤ .

الأنثى ، وإبقاء الولد فى يد الحاضنة بالرغم من تزوجها بغير رحم محرم له ، لأن مصلحته تقتضى ذلك حفظ وليس بحضانه . وكذلك وضع الأنثى البكر بعد بلوغها عند امرأة أمينة ثقة لعدم وجود عاصب رحم محرمٍ لها ، أو لوجوده ولكنه مفسد ، حفظ وليس بحضانه .

وتفترق الحضانة عن الحفظ فى أن الحضانة محصورة فى نساء حددهن قانون الموضوع ورتب بينهن ، أما الحفظ فأمره متروك لتقدير قاضى الدعوى ، وتحريه المصلحة ، ومن ثم نص الفقهاء على أن ولاية العاصب على الغلام أو الأنثى بعد البلوغ ولاية نظر تتقدم عليها مصلحته الخاصة إذا تعارضتا [بدائع الصنائع باب الحضانة ج ٤] .

ومما تجدر الأشارة إليه أن محكمة النقض تعرضت فى حكم حديث لها للتفرقة بين حضانه الصغير وحفظه فى شأن الاستقلال بمسكن الزوجية فقضت « بأن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ بأن « على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق ، مدة الحضانة .. فإذا انتهت مدة الحضانة فالمطلق أن يعود للمسكن .. وفى الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ على أن « ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن أثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك » مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم ، وهو مامؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا المشار اليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الالزامية لحضانة النساء واذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أو أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ، ولا يغير من ذلك ما أجـازه نص الفقرة الأولى من المادة

٢٠ – بعد انتهاء مدة حضانه النساء – للقاضى فى أن يأذن بابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنهما دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حداً لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتداداً لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ، وهى بالنسبة للبنت التى لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شؤونها ، ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها ، فإذا مارخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاده متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو من مال من تجب عليه نفقتهم ، وفى القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهـو مـا يتأباه الشرع والشارع (٢٧) .

نساء لا تثبت لهن الحضانة

١ – المرتدة عن دين الأسلام حتى تعود اليه .

٢ – الفاجرة فجورا يضيع به الولد كزنا – وسرقة ونياحة .

٣ – الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها . قال صاحب القنية الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور مالم يعقل الصغير ذلك .

٤ – غير المأمونة على الصغير ، وهى التى تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا .

٥ – من تأبى أن تحضن الصغير مجانا ، إذا كان الأب معسرا ووجدت العـمة متبرعة ، أو من هى مقـدمة عليها متبرعة ، وكانت لا تمنعـه عن الأم ،

رؤية الصغير .

يختص القاضى الجزئى ابتدائيا بنظر دعوى رؤية الصغير باعتبارها فرعاً من الحضانة ، وتقوم بسببها ، عندما يتعذر على أحد الوالدين رؤية صغيره عند من بيده حضانته .

وينظم القاضى رؤية والدى الصغير له عند تعزرها أتفاقا ويكون ذلك كالأتى:

---

(٢٧) طعن رقم ٨٦ / ٥٦ ق جلسة ٢٨ / ٣ /١٩٨٩ لم ينشر بعد وراجع التعليق على المادتين ١٨ مكررا ثالثا ، ٢٠ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ بكتاب الأحوال الشخصية نفس المؤلف

١ – إذا ثار نزاع حول رؤية الصغير أثناء نظر دعوى الحضانة نظم القاضي طريقة الرؤية بقرار منه، ويحدد فيه الزمان والمكان الذى تتم فيه رؤية الصغير . ويشترط الا يضر المكان بالصغير أو الصغيرة ماديا أو نفسيا .

القرار الذى يصدره القاضي فى شأن الرؤية لا ينفذ جبرا على من بيده الصغير أو الصغيرة . فإذا امتنع عن تنفيذه كان لهذا الأمتناع أثر فى الحكم بالحضانة لمن يكون بيده الصغير ، إذا يجوز للقاضي فى هذه الحالة أن يرفض دعواه الحضانة أو أن يحولها مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحقوق فى الحضانة لمدة يقدرها القاضي .

٢ – إذا كان الصغير – أو الصغيرة – فى يد الحاضن ، يكون لمن له حق رؤية الصغير أن يطلب رؤيته إما بطلب مؤقت من قاضي الأمور الوقتية باعتبار أن هذه الرؤية قديكون لها من الأستعجال مايبرر الإلتجاء إلى الطلب المؤقت ، وفى هذه الحالة يصدر القاضي أمره الوقتي على عريضة ، ويكون تنفيذ هذا الأمر المؤقت غير قهرى أيضـا . وإما أن يلجــأ من له حق رؤية الصغير إلى القاضي بطريق الدعــوى فإن صدر له حكم بالرؤية ، فإن تنفيذه لا يتم قهراً أيضا ، وإنما يعلن به من بيده الصغيرة فإذا امتنع عن تنفيذ هذا الحكم – بغير عذر كان لصاحب حق الرؤية أن يعود لقاضيه لينذر الحاضن وان تكرر امتناعها عن تمكين صاحب الرؤية من رؤية صغيره عادا إلى القاضي الذى يجوز له بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى الحاضن من أصحاب الحقوق فيها لمدة يقدرها القاضي .

الفقرة الثانية –انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .

سفر الحاضنه بالصغير له صورتان

الأولى :– أن تكون الحاضنة هى الأم . وتحت هذه الصورة فرضان :–

١ – أن تنتقل الأم بالصغير وهى فى العدة . وفى هذه الحالة لا يجوز لها الأنتقال ولو بإذن الزوج لأن القرار فى البيت الذى حصلت فيه الفرقة ، وهماً مقيمان فيه حق الشرع ، فلا يصح اتفاقهما على إبطاله .

٢ – أن تنتقل الأم بالصغير بعد انقضاء العدة ، وتحت هذه الحالة أربعة أمور : –

أ – أن يكون الانتقال من مدينة إلى مدينة .

ب – أن يكون الانتقال من قرية إلى قرية .

ج – أن يكون الانتقال من قرية إلى مدينة .

فى هذه الأمور الثــلاثة قد يأذن الأب بالانتقال ، فى هذه الحـــالة يكون للأم أن تنتقل بالولد مطلقا سواء كان المحل المنتقل إليه قريبا أم بعيدا ، وسواء كان وطنهـا وعقد عليهـــا فيه أم لا ، لأن الإذن أســـقط حقه . أما إذا لم يأذن الأب لها بالانتقـــال فقد يكون المحل المنتقل إليه قريبـــاً أو بعيدا ، فإن كان قريبا من محـــل إقامة الأب جاز لها الانتقـــال لعدم الإضرار – بالأب . أما إذا كان المحـــل المنتقل اليه بعيـــدا ، فإن كــان وطنها وقد عقـــد عليها فيه ، فيجوز لها السفر بالولد لأن عقده عليها فى هذا البلد يعد رضا منه بإقامتها فيه ، أما إذا لم يكن وطنا لها ، ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للأضـــرار بالأب .

د – الانتقال من مدينة إلى قرية ، فلا تمكن الأم منه بغير إذن الزوج ولو كانت القرية قريبة إلا إذا كانت وطنها وعقد عليها فيها .

الثانية :– أن تكون الحاضنة غير الأم ففى هذه الحالة ليس لها أن تنتقل إلى محل آخر ، ولو كان قريبا إلا بإذن الأب .

الحكم الذى يصدر فى أمر انتقال الحاضنة بالصغير من القاضى الجزئى يكون ابتدائيا يجوز استئنافه عملا بالمادة السادسة من اللائحة حتى لا ينفرد القاضى الجزئى بالحكم النهائى فى هذه الأمور . وقد قضى بأن القرار الصادر برفض الدفع بعدم جواز سفر الأم بالصغير إلى فرنسا لإسلام الأم وأن فرنسا وطنها وحصل العقد عليها فيه وإن لم يكن حكما قضائيا بالمعنى المفهوم من الحكم وهو الزام المحكوم عليه بشىء معين إلا أنه يقبل الأستئناف مادامت المحكمة قد اعتبرته فصلاً فى موضوع الدعوى المطروحة أمامها لا تصاله بسبب من أسبابها مادام قد قصد به الحكم فى قضيه تتعلق بمسألة من المسائل التى يكون الحكم فيها قابلا للأستئناف (٢٨) .

الفقرة الثالثة :– نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائه قرش أو حكم بأكثر من ذلك .

الحكم الصادر فى هذه الحالة يكون ابتدائيا قابلا للأستئناف

الفقرة الرابعة : – الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير إذا كان مجموع الزائد والأصل أكثر من مائه قرش فى الشهر فى كل نوع أو أكثر من ثلثمائه قرش فى مجموع الطلبات .

(٢٨) مبادىء القضاء ص ٢١٩ .

جاء فى المذكرة الأيضاحية « كانت أحكام الزيادة فى النفقات تعتبر كأحكام النفقات إبتداء من حيث جواز الأستئناف وعدمه ، وذلك غير صحيح لأن القصد من طلب الزيادة إعادة النظر فى تقدير النفقة لطروء سبب يقتضيها ، فلا يصح النظر فى حكم الزيادة مستقلا عن المقدار السابق بل ينظر إليهما معاً ، فإن تجاوز مجموع الأصل والزيادة حد النصاب النهائى يستأنف حكم الزيادة فقط وإن لم يتجاوزه يكون حكم الزيادة غير قابل للأستئناف .

طلب زيادة النفقة لا يجوز اسناده إلى تاريخ حصول اليسار الذى أوجب زيادتها ، مادامت هذه الزيادة لم تطلب عند تحقق سببها فورا وتستحق الزيادة من يوم الطلب فقط . لأن المنصوص عليه فى الفقه أن نفقة الزوجة لا تزاد إلا من وقت الطلب والمخاصمة ولو بعد عروض الأسباب التى توجب الزيادة من يسار وخلافه . والمخاصمة لا تتحقق إلا من تاريخ رفع الدعوى . قال صاحب تنوير الابصار وشارح الدر المختار « فخاصمته تتم القاضى نفقة يساره فى المستقبل » وقوله فخاصمته » أى لا تقدر الزيادة بدون طلبها وقـوله « فى المسـتقبل » أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض اليسار . ومن هذا يتضح أن نفقة الزوجة إذا طرأ بعد تقديرها بالنقود ما يوجب زيادة المقدر من يسار وخلافه لاتزاد إلا من تاريخ المخاصمة والطلب (٢٩) .

الفقرة الخامسة : — النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى

إذا زاد مجموع ما طلب أو حكم به على ألفى قرش .

جاء بالمذكرة الإيضاحية أنه يسوغ للزوجة أن تطلب النفقة بأنوعها من وقت امتناع الزوج عن الأنفاق طبقا للمادة الأولى من القانون ٢٥ / ١٩٢٠ فيحكم لها بالمتجمد عن المدة الماضية ، وقد يكون مبلغا باهظا يشق أداؤه ويعسر وفاؤه ويكون الحكم غير قابل للأستئناف بالنظر إلى المحكوم به فى كل شهر من هذه المدة ، فرئى معالجة ذلك بجواز الأستئناف ، إذا زاد مجموع ما يطلب الحكم به على عشرين جنيها أو حكم بأكثر من ذلك عن المدة السابقه على قيد الدعوى .

الفقرة السادسة : — النفقات بين الأقارب

نفقة الأقارب صلة شرعت للحاجة إلى ما يقيم أود الحياة حتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك ، وهى ليست بابا لجمع المال على حساب القريب . فإذا اندفعت الحاجة اليها بأى سبب كان ، سقطت هذه النفقة .

---

(٢٩) مبادىء القضاء ص ١٩٢٩ .

والسبب في نفقة الأقارب هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ، ويراعى فيها حالة مستحقها ، وحالة من تجب عليه .

ونفقة الأقارب تكون دائما من النصاب الأبتدائى للقاضى الجزئى مهما قل مقدار المحكوم فيها . لأن هذا النوع من الدعاوى يحتاج إلى دراسة شاملة للأحكام الشرعية فى هذا الشأن وهى متشعبة ودقيقة ، وموضوع النسب يكون قائما فيها باعتباره سبب الالتزام بها ولا تتجه إلى المدعى عليه إلا به . والمصلحة تقتضى الاينفرد القاضى الجزئى بالحكم فى هذه الدعاوى انتهائيا .

هذا ويلاحظ أن القاعدة الأصلية فى مذهب الأحناف أنه إذا اجتمع لذى الرحم المحرم الفقير أصل وحواشى ، فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصل وحده ترجيحاً للجزئية ولا يشاركه فى الأرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث هو الصنف الآخر الذى معه . فإذا كان للقريب الفقير جد الأب مع الأخ الشقيق كانت النفقة على الجد وحده – وهو الوارث – دون الأخ الشقيق . وإذا كان للقريب الفقير جد لأم مع العم كانت كانت النفقة على الجد لأم دون العم الوارث لترجيح الجد بالجزئية مع عدم الأشتراك فى الأرث . أما إذا كان كل من الصنفين الاصول والحواشى وارثا اعتبر الأرث . هذه القاعدة مقيدة بما إذا كان الكل موسرين ، أما إذا كان بعضهم موسرا وبعضهم فقيرا فيظر إن كان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ، ثم ينتظر إلى ورثة من يجب له النفقة ، فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريثهم . وإن كان المعسر لا يحرز كل الميراث ، فتقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه ، فيعتبر المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك . فإذا كان للصغير أم فقيرة وجدة لأب وأعمام موسرون ، فالأم فى هذه الحالة لا تحرز كل الميراث فلا تنزل منزلة المعدم بل تعتبر حية ، لكن لما إعتبرت حية سقطت الجدة بها فيكون الوارث هم الأعمام فقط وتكون النفقة علهم وحدهم دون الجدة لأب (٣٠) .

سبب وجوب النفقة على الغير هو ما يوجد وقت الحكم . وأسباب الوجوب مما تتجدد . ومدار استمرارها دوام وجود الأسباب التى من أجلها يستحق طالبها النفقة ومن بينها الأعسار .

المعسر فى نفقة الأقارب كالميت فى حالة استحقاق النفقة عليه وذلك فيما عدا الأب والإبن إذا كان كل منهما غير زمن ، فلا يجعل الأب كالميت بمجرد إعساره لتجب النفقة على من بعده ، بل تجعل دينا عليه ، فإذا كان هناك أب معسر وأم موسرة تؤمر الأم بالانفاق ويكون دينا على الأب .

الفقرة السابعة :— المهر والجهاز إذا زاد المستحق للطالب على

الفى قرش ، أو كانت قيمة المهر أو الجهاز زائدة على عشرة آلاف قرش .

فى تقدير الدعوى يجب ملاحظة أن كلا من المهر والجهاز يستقل عن الآخر .

ويشترط لاعتبار الحكم الصادر فى دعوى المهر أو الجهاز ابتدائيا :—

١ — أن تكون قيمة المهر أو الجهاز زائده على مائه جنيه .

٢ — أن يزيد المستحق للطالب — موضوع الدعوى — على عشرين جنيها ولايجاب الطالب إلى طلبه — فى دعوى المهر أو الجهاز — الابثبوت صفة المهر أو الجهاز ، وتوافر شروط استحقاقه .

سبب وجوب المهر هو عقد النكاح لأن المهر إبانة لشرف المحل ، وإن صح النكاح بدون المهر . فعقد النكاح عقد معاوضة بالمهر . فاذا انعقد العقد صحيحاً كان موجبا للعوض ، بدليل أن المرأة تستطيع أن تحبس نفسها لاستيفاء المهر — وهوالبدل — ولا تحبس المرأة نفسها إلا ببدل واجب هو مهرها .

سبب وجوب المهر على كفيل الزوج هو عقد الكفالة ، وهو التزام الكفيل بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص .

تأكيد المهـــــر .

معنى تأكيد المهر — أن يصبح مستحقا للزوجة ، غير قابل للسقوط فى كله أو بعضه بأى حادث يعرض ، ولا يحتمل المهر للسقوط الإ بالأداء أو الأبراء .

ويتأكد المهر — بالوطء (الدخول الحقيقى) والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين . ومعنى تأكد المهر بالموت أن الموت ينهى النكاح ، والشىء بانتهائه يتقرر ويتأكد ، فيتقرر بجميع موجباته .

إذا تأكد المهر لايسقط أبدا مادامت الزوجية قائمة . قال شارح الدر فى باب المهر « فما دامت الزوجية قائمة فسبب الوجوب قائم وهو الوطء .

---

(٣٠) مبادىء القضاء ص ١٠٨٥ .

تنصيف المهر

المقصود بتنصيف المهر أن يلزم الزوج بنصف المهر المسمى فى العقد تسمية صحيحة ، إذا انحل رباط الزوجية قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى ، وكانت الفرقة بسبب من جهة الزوج سواء كانت الفرقة بطلاق أو بفسخ .

الطلاق قبل الوطء أو الخلوة الصحيحة منصف للمهر المسمى ، فيدخل نصف المهر فى ملك الزوجة ، والنصف الآخر فى ملك الزوج بشرط أن لايكون المهر قد سلم للزوجة . أما إذا كان المهر قد سلم للزوجة ثم وقع الطلاق قبل الوطء أو الخلوة الصحيحة - دخل نصف المهر فى ملك الزوجة ، وتوقف عود النصف إلى ملك الزوج وسبب ذلك إن عقد النكاح وإن انفسخ بالطلاق فقد بقى القبض بالتسليط الحاصل بالعقد وأنه من أسباب الملك ، فلا يزول الملك الا بالفسخ من القاضى لأنه فسخ بسبب الملك ، أو بتسليم الزوجة لأن تسليمها فيه معنى نقض القبض حقيقة ، ولذلك يتوقف عود نصف المهر إلى ملك الزوج فى هذه الحالة على القضاء أو الرضاء .

الجهاز

إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت - ولم يكن ثمة دليل - فما كان للنساء فهو للمرأة ، وما كان للرجال فهو للرجل . وما كان للرجال والنساء فهو للرجل فى قول أبى حنيفة إن كاناحيين وإن مات أحدهما ووقع الخلاف بين الحى منهما وورثة الميت فهو للحى من الزوجين ، وقال محمد هو للرجل إن كان حيا ولو رثته إن كان ميتا . وقال أبو يوسف تعطى المرأة جهاز مثلها والباقى للرجل .

وقد قضى بأن الجهاز فى يد الزوج أمانة ، وكل ما كان كذلك لا يضمن إلا بالتعدى ، والتعدى أن يفعل بالوديعة ما لايرضى به المودع ، فجهاز الزوجة لا يضمن إلا بالتعدى . والتعدى يكون بالامتناع عن التسليم بدون حق .

كما قضى بأنه إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت وكان مما يصح استعماله لكل منهما فالقول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد (٣١) .

وقد جرى العمل على تحرير قائمة بالجهاز - فإذا كانت القائمة سندا الدعوى تعين العمل بما جاء بها ، وتعتبر سندا للحكم الذى يصدر فى شأن الجهاز المثبت بها .

---

(٣١) المبسوط جزء ٥ ومبادىء القضاء ص ٣٧١ .

والجهاز وكل ما يحتاج اليه بيت الزوجية واجب على الزوج ولا تطالب الزوجة بشيء من ذلك فعلى الزوج أن يقوم بتأثيث بيت الزوجية بكل ما يحتاج اليه حتى يكون مسكناً لائقاً بهما غيرأن العرف جرى فى مصر على أن الزوجة هى التى تقوم بتأثيث منزل الزوجية فتعد الجهاز اللازم له وذلك من المهر الذى تقبضه من الزوج وما تضيفه من مالها أو مال وليها وبذلك أصبح لها من العرف قرينه على ملكية الجهاز ويقع عب ء دحض هذه القرينة على الزوج .

الفقرة الثامنة:- دعوى الإرث بجميع أسبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتها على عشرين ألف قرش .

الإرث هو انتقال المال إلى الغير على سبيل الخلافة والحقوق التى تنتقل بالأرث إلى الورثة هى الأعيان المالية ، وما هو فى معنى المال . فإذا لم يكن المورث مدينا ، ولم يكن قد أوصى بشيء من ماله فإن تركته تؤول إلى ورثته بمجرد وفاته . أما إذا كان له دائنون ، فإن حقوقهم ، وكذا حقوق الموصى لهم تكون مقدمة على من عداهم فيتقاضون من مال التركه عمــــلاً بقاعدة لا تركته إلا بعد سداد الديون » .

ينتقل بالإرث المال إلى الوارث ، ويدخل فى ملكه ولو جبرا عنه ، والإرث تملك وخلافه عن الميت ، والإرث لا ينتقل إلا إلى ورثه أحياء لأن الميت ليس له ذمة صالحة للتملك .

الإرث لا يصح اسقاطه إذ هو تملك جبرى ، فلو قال الوارث تركت حق الإرث لم يبطل حقه ، لأن حق الإرث لا يبطل بالترك . وإذا قرر الفقهاء إن كل حق يقبل الأسقاط إلا حق الإرث .

وحق الإرث لا يكتسب بالتقادم - بمعنى إن اكتساب الحق فى الإرث ، أى اكتساب اعتبار الشخص وأرثا دون وجه حق - إلا إذا استمر ثلاثة وثلاثين سنة . فإذا ظل شخص ظاهراً بمظهر الوارث - فى حين أنه محجوب بشخص أخر واستمر ذلك الظهور مدة تقادم حق الإرث - ثلاث وثلاثون سنة - اكتسب هذا الشخص حق اعتباره وأرثاء .

المراد بدعوى الإرث - الادعاء بوجود صلة مورثة بين المدعى والمتوفى - أى المورث . ويقصد بها الاستحقاق فى تركة المتوفى ، وسببه على حسب الفريضة الشرعية .

ويشــترط لاختصاص القاضي الجزئي بالحــكم الأبيدائي في دعوى الإرث إلا تزيد قيمة التركة المخلفة عن المورث على ٢٠٠ جنيه .

ويجدر أن يختصم في دعوى الإرث جميع ورثة المورث الظاهرين والموصى لهم أو بيت المال عند عدم الورثة . علما بأن بيت المال لا يعتبر وارثا . أما إذا لم يختصم أحد من هؤلاء فإن الحكم الصادر في دعوى الأرث لايكون حجة على من لم يختصم منهم .

والمدعي في دعوى الإرث يدعي وجود صلة بينه وبين المورث موجبة ميراث المدعي للمورث . فيتعين على القاضي بحث هذه الصلة – والتأكد من ثبوتها ، قبل الفصل في الدعوى .

أسباب الإرث ثلاثة :–

١ – زوجية – ويقصد بها وجود عقد زواج صحيح شرعا ، سواء دخل المتوفي بزوجته – بعد العقد عليها ، أم أنه مات عنها ، أو ماتت هي عنه قبل الدخول بها . ويرث كل مــن الزوجين الآخر ، ولو كانت الزوجة قد طلقت رجعيا في حال صحة الزوج ، أو مــرضه مرض المــوت ، إذا حصل مــوت أحدهما قبل انتهاء العدة .

٢ – النســب – أي القــرابة – ويقصــد بها القرابة الحقيقيــة ، وهي كل صــلة سببها الولادة ، وتشــمل قرابة الأصول وقرابة الفروع وقرابة الحــواشي .

٣ – الولاء – وهو قسمان :– ا – ولاء العتاقة . ب – ولاء الموالاة .

الأول : هو الصلة التي تربط السيد وعبده الذي أنعم عليه بالحرية ، ولهذا تسمى ولاء النعمة ، وهو سبب للإرث من جانب واحد باتفاق الفقهاء ، فيرث السيد أو عصبته عتيقه جزاء وفاقاً على رد حريته إليه ، ولا يرث العتيق من أعتقه .

الثاني : ولاء الموالاة ،وهو عقد بين اثنين على أن يؤدي كل منهما الدية عن الآخر – إذا جني – وأن يتوارثا . وقد ذهب الأحناف إلى التوريث بولاء الموالاة وجمهور الفقهاء أن هذا النوع من الإرث كان موجودا في ابتداء الإســلام ثم نســخ (٣٢) .

---

(٣٢) ذكرت الولاء هنا رغم انتهاء العمل – زيادة في المعرفة .

نص قانون المواريث فى مادته السابعة على أن أسباب الإرث هى الزوجية والقرابة والـعصوبة السببية ، فاستبعد ولاء المـوالاة ، واستبقى ولاء الـعتاقة وهو العصوبة السببية ، وإن كـــان الـــرق غير موجود الآن – نظرا لما قديكون باقياً من أثاره .

دعوى الإرث إن كانت بسبب القرابة كانت دعوى نسب لأن الإرث فيها يقوم على القرابة ، والقرابة سببها النسب . وإن كانت دعوى الإرث بسبب الزوجية أو ولاء الموالاة كانت دعوى عقد ، لأن الزوجية وولاء الموالاة سببها العقد . وأن دعوى الإرث بسبب ولاء العتاقة كانت دعوى اسقاط الملكية الذى يترتب عليه هذا الحق . والخصم فى جميع هذه الدعاوى هو من له شأن فى الدعوى ، مثل الورثة أو الوصى أو الموصى له . ودائن الموت ومدينة .

يلزم فى دعوى الإرث بيان جميع التركة بيانا كافيا ، وبيان جهه الإرث التى يستحق بها وبيـان جميع الورثة ، ومقدار النصيب الذى يستحقه مدعى الإرث فيها ، ونصيب كل من الورثه وبيان الشخص الذى ينتهى إليه نسب الخصمين فى الدعوى إذا كان بينهما نسب ، فيذكر المدعى فى دعواه الأب إذا كان المدعى عليه أخاً ، أو يذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه عماً ، وهكذا (٢٣) .

دعوى الإرث الهدف منها الحصول على المال الموروث ، إلا أن المحكوم له من محكمة الأحوال الشخصية بثبوت الإرث ومقدار نصيبه لا يمكنه الوصول إلى نصيبه المحكوم له به بمجرد صدور هذا الحكم ، بل لا بد له بعد ذلك من الألتجاء إلى المحكمة المدنية المختصة للحصول على حكم ملزم لمن فى يده التركة بتسليم النصيب المقضى به للمدعى من دائرة الأحوال الشخصية .

يلزم فى دعوى الميراث الأدعاء بالسبب الموجب للميراث ، إثباته عند الإنكار ، إذ أن الحكم بالميراث يقتضى خلو النسب من النزاع أو ثبوته عند الإنكار (٢٤).

ولا مانع يمنع من أن تكون دعوى شاملة للتركة كلها بأن يدعى المدعى أنه الوارث الوحيد المتوفى ،أو تكون مقصورة على بعض التركة بأن يدعى المدعى أنه

الوارث الوحيد للمتوفى ، أو تكون مقصورة على بعض التركة بأن يدعى المدعى أنه وارث مع آخرين .

---

(٢٣) المرافقات للأستاذ زيد الابيانى .

(٢٤) شرح اللائمة للاستاذ أحمد قمحه وعبد الفتاح السيد .

هذا ويلاحظ أن دعوى الإرث - في ذاتها - إنما يراد بها الحصول على المال الموروث . والحكم فيها - من محكمة الأحوال الشخصية - لا يكفى لحصول المدعى على المال الموروث ، لأن الحكم صدر فيها بالميراث وتعيين النصيب الشرعى فيه ، ولذلك يعتبر الحكم وسيلة يستعملها صاحب الشأن فى المطالبة مديناً من فى يده التركه بتسليم النصيب الموروث .

الفقـرة العاشـــرة :- الزواج والمواد المتعـلقة بالزوجية غير ماسبق .

استبعدت هذه الفقرة من المواد المتعلقة بالزوجية . جميع المسائل التى سبق ذكرها فى المادة السادسة . وعلى ذلك يكون المقصود بالزواج فى هذه الفقرة ، العقد نفسه من حيث انعقاده ومن حيث صحته ونفاذه ولزومه وفساده وبطلانه . أما المواد المتعلقة بالزوجية غير ماسبق ذكره فى المادة السادسة ، كطلب الزوجة إلى بيت الطاعة عن طريق الدعوى وليس عن طريق عودتها إلى منزل الزوجية على يد محضر ، وكطلب اسقاط المفروض للنفقة والمنع منها أو ابطالها ، وطلب بدل الفرش والغطاء ، أو طلب إبطاله وطلب رؤية الصغير والمنازعة فى شأن العدة

غير أن هناك رأى يذهب إلى أن المواد المتعلقة بالزوجية لا تقع تحت حصر ، إلا أنه بصدور القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ وجعل الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية من اختصاص المحاكم الأبتدائية ، فإنه يجب تفسير كلمة الزواج فى حدود ضيقة ، حتى لا يدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ماليس من اختصاصه . ومؤدى ذلك إن المراد بالزواج فى الفقرة العاشرة إثباته فقط ، أما أبطاله فيكون دائما من اختصاص المحاكم الأبتدائية لاعتباره من الأسباب الشرعية للفرقة بين الزوجين وقد قضى بأن دعوى الفرقة إذا كان سببها ردة الزوجة ، وزواجها بعد ردتها من الطاعن وأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج ، بينما لم ينعقد زواج فإنها بذلك تكون من اختصاص المحاكم الأبتدائية ، ولا تعتبر من منازعات الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية التى تختص بها المحاكم الجزئية (٣٥) . كما قضى بأن المواد المتعلقة بالزوجية قصد بها المواد التى تكون الزوجية هى سبب الحق المدعى به . وأن سبب الحق فى المتعة هو الطـلاق

---

(٣٥) طعن ٢٠ / ٢٤ ق س ١٧ ص٧٨٣ .

المنصوص عليه في المادة ١٨ مكررا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ ومن ثم تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية (٣٦) .

الفقرة التاسعة والحادية عشروالثانيةعشر (٣٧) منالمادة السادسة .

أصبحت من اختصاص المحاكم الأبتدائية لما لهذه المواد من آثار بعيدة في النسب والميراث والحل والحرمة ، وغير ذلك من الأحكام الشرعية التى تمس الأسرة ، ولذلك رأى المشرع بالقانون ٤٦٢ / ٥٥ أن تكون هذه المواد من اختصاص المحكمة الأبتدائية ، وأن يكون الحكم الصادر فيها قابلا للطعن أمام محكمة الأستئناف ، ومن ثم يكون الحكم قابلا للطعن عليه بطريق النقض ، وفى هذا ضمان لتناول هذه المواد بالبحث الفقهي توصلا لحقيقة الحل فيها ، وبعدا عن الحرمة .

الفقــرة الثالثة عشر:- التوكيل فيما ذكرمن أحد الخصمين .

المواد الواردة بالمادة السادسة من الأئحة - فيما عدا الفقرات من التاسعة حتى الثانية عشر - الأصل أن يباشر إجراءات الدعوى فيها من تتعلق به ، أى صاحب الحق ذاته ، إلا أنه يجوز أن يباشر الإجراءات في هذه المواد شخص آخر غير صاحب الحق بطريق الوكالة . فإذا قام نزاع حول هذه الوكالة من حيث صدوره من أحد الخصمين ، أو من حيث تجاوز الوكيل حدود ما وكل فيه ، فإن بحث هذا النزاع يتوقف على البحث في موضوع الوكالة ، ومن ثم يجب أن يكون النظر فيه من اختصاص القاضي الأصيل المختص بالموضوع ويكون حكمه ابتدائيا تبعا لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل .

الفقرة الرابعة عشرة : تكون أحكام النفقات المذكورة في هذه المادة نافذة مؤقتا ولو مع حصول معارضة أو استئناف

راعى المشرع أهمية النفقة ، فأمر باعتبارها نافذة مؤقتا ولو طعن عليها بالأستئناف أو المعارضة . أما الأحكام الصادرة بصفة انتهائيه من محكمة أول درجة فهي نافذة بقوة القانون دون حاجة إلى نفاذ مؤقت .

وتختص المحكمة الجزئية أيضا بالحبس في مواد النفقات عملا بالمادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية .

---

(٣٦) طعن ٥٨ / ٥٥ ق ح ٢٣ / ١٢ / ١٩٨٦ .

(٣٧) راجع اختصاص المحاكم الأبتدائية المادة الثامنة للائحة .

كما تختص المحكمة الجزئية أيضا بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المنصوص عليها في المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ / ١٩٤٦ . ويلاحظ أن طلب تحقيق الوفاة والوراثة خاص بصدور أعلام شرعي بمن ينحصر فيهم ميراث المتوفى ومقدار سهمه في التركه . فالمنازعه في هذا الطلب تدور حول ضبط الاشهاد – أي حول صفة الورثة . أما إذا أثيرت منازعه في الصفة التي يدعيها طالب الاشهاد– فعلى القاضي الجزئي إن يمتنع عن ضبطه ، وعلى الطالب أو من يهمه الأمر بعد ذلك أن يلجأ إلى المحكمة الأبتدائية بدعوى صفته في الإرث مقدار سهمه في التركة .

مادة – ٧

تختص المحاكم الشرعية الجزئية في سيوه والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم في جميع المواد المنصوص عليها في المادتين السابقتين (٣٨) . وفي جميع المواد الشرعية الأخرى التي هي من اختصاص المحاكم الأبتدائية كما هو مبين في المادة الثامنة الأتية ، ويكون حكمها في جميع ماذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة في الأحوال المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه الأئحة .

❑❑❑

حرص المشرع بنص المادة السابعة على تقدير ظروف المتقاضين ، والمناطق المقيمين فيها ، وبعدهم المكاني عن المحاكم الأبتدائية ، لذلك جعل أحكام المحاكم الجزئية الواقعين في دوائرها أحكاما لا تقبل الطعن إلا بطريق المعارضة أمام نفس المحاكم . وقد كان لنظر المشرع في سنة ١٩٢١ ما يبرره ، ومن ثم يتعين إعادة النظر في هذا النص بعد أن تقدمت سبل المواصلات ، وأصبح من السهل الأنتقال من هذه الأماكن واليها ، وخاصة وأن المشرع عرف الدوائر الأستئنافيه المتنقلة ، وكذلك الحال بالنسبة لدوائر ابتدائية متنقلة حتى يمكن أن يستقر الحق لأصحابه في هذه الأماكن بعد بحث أدق وأعمق من قضاة أكثر خبرة بأمور البحث والتنقيب في المسائل الفقهية .

---

(٣٨) المقصود :– هو المنازعات المبينة في المادة ٥ ، ٦ من اللائحة سواء مايكون الحكم فيه نهائيا أو ابتدائيا من المحكمة الجزئية .

الباب الثانى

فى اختصاص المحاكم الابتدائية الشرعية

مادة – ٨

تختص المحاكم الأبتدائية الشرعية (١) بالحكم الأبتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة .

وتختص بالحكم النهائى فى قضايا الأستئناف الذى يرفع إليها فى الأحكام الأبتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية طبقا للمادة السادسة .

ويكون قرارها فى تصرفات الأوقات نهائيا فيما يأتى :

ا – الإذن بالخصومة .

ب – طلب الأستدانة إذا كان المبلغ المطلوب استدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى .

ج – طلب الأستدانة وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى .

ويكون قرارها ابتدائيا قابلا للأستئناف فيما عدا ذلك .

وتقدر قيمة الأعيان الموقوفة على حسب القواعد المقررة فى المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ من لائحة الرسوم المعمول بها المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٤ المؤرخ ٢٨ مارس سنة ١٩٠٩ .

---

(١) سماها القانون ٤٦٢ / ٥٥ دوائر ابتدائية لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف .

حدد نص المـــادة الثـــامنة اختصـــاص المحكمـــة الأبتدائية بثلاث أمور : –

أولاً :– اختصاص ابتدائى ، وبموجبه تختص المحكمة الأبتدائية بنظر المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بموجب المادتين الخامسة والسادسة من اللائحـة .

ثانيا : – اختصاص استئنافى ، وبموجب هذا الاختصاص تختص المحكمة الأبتدائية بنظر ما يعرض عليها من القضايا التى فصلت فيها المحكمة الجزئية بصفة ابتدائية .

ثالثاً : – اختصاص فى تصرفات الأوقاف .

الأختصاص الأول للمحكمة الأبتدائية الشرعية .

المحـكمة الأبتدائية هى محكمة الدرجة الأولى بالنسبة لجميع المواد التى لم يرد ذكرها فى المادتين الخامســـة والسادسة ، وكذلك المواد الواردة بهما إذا زادت قيمة المطلوب عن نصـــاب المحكمة الجزئية – إذا طعن على حكمها بالأســـتئناف .

فالمحكمة الأبتدائية هى صاحبة الإختصاص العام فى المنازعات فى المواد الشرعية – ولا يخرج من اختصاصها هذا إلا مانص صراحة على اختصاص المحكمة الجزئية به – ويكون حكمها فيها ابتدائيا قابلا للأستئناف .

وهناك بعض المنازعات فى المواد الشرعية كانت أصلا من اختصاص المحكمة الجزئية عملا بالمادة السادسة إلا أن المشرع فى المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ جعلها من اختصاص المحاكم الأبتدائية وهذه المنازعات هى :–

أولاً – دعوى النسب فى غير الوقف

دعوى النسب وهى المقصود فيها النسب لذاته – أى غير مرتبط بمال كطلب ثبوت البنوة أو ثبوت الأبوة ، ولذلك عنى المشرع بأن ينص على أنها « دعوى النسب فى غير الوقف » أى النسب المجـرد ودعوى النسب المتخذ أساساً فى دعوى وقـف مـن اختصاص المحكمة الأبتدائية بـاعتبـارها صاحبة الأختصاص العام .

ودعوى النسب التى أصبحت من اختصاص المحكمة الأبتدائية يدخل فيها دعوى نفى النسب أيضاً إذا كان النفى مقصوداً لذاته .

دعوى النسب – إذا كانت بالأبوة أو البنوة فى الدرجة الأولى ، وكان المدعى عليه حيا ، صحت إقامة الدعوى عليه ، أو من قام مقامه ، سواء كانت دعوى النسب – مقصودة – أى ليست متضمنة حقا آخر ، أو كانت متضمنة له . أما إذا كان المدعى عليه فى دعوى النسب ميتا ، فلا يصح إثبات النسب مقصودا ، إنما يتعين أن يكون الأدعاء بالنسب ضمن دعوى حق يقيمها الأبن أو الأب على خصم . والخصم فى حال الوفاة هو الوارث أو الوصى أو الموصى له أو دائن الميت أو مدينه .

١ – الوارث

سلم الفقه الأسلامى بانتقال الحق فى التركة إلى الوارث وذلك بفضل خلافته المورث . وهذه الخلافة تقتضى بأن الوارث يقوم مقام المورث ، ويخلفه فى مجموع الحقوق . وقيل إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى جميع حقوقه فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه فيها .

وعندما يراد إثبات النسب ضمن دعوى حق يكون الخصم فى ذلك هو جميع الورثة ، ويشترط أن يبين المدعى جميع التركه بيانا كافياً ومن هى تحت يده ، وإن يبين جميع الورثة ، ومقدار نصيبه الذى يستحقه فى التركة بجهة الإرث التى يستحق بها ، وسبب اختصام جميع الورثة هنا هو أن الحكم باثبات النسب يؤثر فى حقوقهم ، ولذا يتعين اختصامهم ليكون الحكم حجة عليهم .

٢ – الموصى له .

تتسع نظرية خلافة الوارث المورث لتشمل الموصى له بالتركة . إذا الموصى له يخلف الميت فيما أوصى له به . فإذا أوصى الموصى لشخص بسهم محدد فى التركة كان هذا الشخص خلفا عاما للموصى . أما إذا أوصى له بمال معين بالذات – كله أو بعضه – صار خلفا خاصا للمورث فى هذا المال .

صورة إقامة الدعوى على الموصى له إن يقول المدعى إن مورثى « فلان » قد أوصى للمدعى عليه « الموصى له » بالتركة ، وإن هذا الأخير قد وضع يده عليها ، وإن الدعوى عليه هى طلب حق فى التركة وهو مقدار « كذا » من التركة لأنى وارث للمورث بجهة « كذا » ، ولا وارث له غيرى « مثلا» وأننى لا أجيز الوصية ، ومن ثم لا يستحق المدعى عليه « الموصى له » من التركة غير ثلثها . وهذا يتوقف على أثبات المدعى للجهة التى يدعى استحقاق نصيبه المدعى به بموجبها . وقد ينكر

المدعى عليهّ « الموصى له » قرابة المدعى المورث وفى هذه الحالة على المدعى أثبات دعواه الوارثه .

شرط أقامة الدعوى على الموصى له وحده إن يكون الموصى قد أوصى له بكل التركة . إما إذا كان قد أوصى بجزء من التركة ، وهناك وارث آخر فترفع الدعوى على الموصى له وعلى الوارث الآخر ، كذا دائن الميت [ليثبت دينه] أو مدين للميت فترفع الدعوى عليهم كذلك .

إذا كان الموصى له خلفا عاما يكون حكمه حكم الوارث .

٣ - دائن الميت

دائن الميت خصم فى دعوى النسب على المورث . والدائن هنا من له حق على التركة جميعها أو جزء منها ، وتكون التركة أو بعضها تحت يد الدائن - بطريق الرهن أو حق اختصاص مثلا - ويريد المدعى استلام العين المرهونة . فيأتى الدائن وينكر نسب المدعى إلى الميت ، فيخاصمه المدعى حتى يثبت جهة نسبه ويلزمه بأن يسلم العين المرهونه . وقد يكون اختصام دائن الميت ليثبت دينه الذى يدعيه ، ويقدم الدليل عليه .

٤ - المدين للمورث

يكون المدين خصما فى دعوى النسب للمتوفى ، وصورته أن يكون على شخص دين للمتوفى ، ويريد مدع النسب أن يطالب بنصيبه فى الدين الذى على المدين للمورث ، بصفته وارثا للمتوفى .

قد يقر المدين المدعى عليه بالدين وينكر نسب المدعى للمتوفى ، فى هذه الحالة يقوم المدعى بإثبات دعواه فى مواجهة المدين .

هذا ويلاحظ أن أثبات النسب فى الصور المتقدمة يكون تابعا لإثبات الحق المدعى . ويتعين أن يذكر المدعى جهة الإرث والشخص الذى ينتهى اليه الخصمان فيذكر فى دعواه الأب إذا كان المدعى عليه هو الأخ ويذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه هو العم . ويكون إثبات الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وأمراتين عدول . وينبنى على ذلك أنه إذا أحضر المدعى رجلا أدعى عليه حقا لأبيه - الميت - والمدعى عليه مقر به ، أو جاحد له ، كان للمدعى أن يثبت نسبه من الميت بحضرة ذلك الرجل ويسمع القاضى شهود المدعى ، ويحكم له بالنسب .

إثبات دعوى النسب بغير الأبوة والبنوة (فى الدرجة الأولى)

إذا كانت دعوى النسب بغير الأبوة أو البنوة ، بأن كانت بالأخوة أو العمومة ، فلا بد أن تكون الدعوى بإثبات النسب ضمن دعوى حق آخر ، يستوى فى ذلك أن يكون المدعى عليه حيا أو ميتا . وسبب ذلك أن الأدعاء بالنسب فيه تحميل النسب على غير المدعى عليه وهو الشخص الذى ينتهى إليه النسب المدعى فى الدعوى .

هذا ويجب ملاحظة أنه عندما يراد إثبات النسب ضمن دعوى حق آخر فإن الخصم المدعى عليه فى هذه الدعوى هو أحد الورثه أو الموصى له أو دائن الميت أو مدينه .

هذا – ويجب ملاحظة مايأتى فى دعوى النسب .

١ – الأصل فى دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه ، فإذا كان مما يصح إقرار المدعى عليه به شرعا ، ويثبت باعترافه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير – كالأبوة والبنوة – فإن الدعوى تسمع مجردة بالنسب ، أو ضمن حق آخر ، يستوى فى ذلك أن يدعى المدعى لنفسه حقــا ، أو لم يدع ، ويغتفر فيه التناقض ، وسبب ذلك أن مقصود الدعوى هو النسب ، والنسب يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه .

إقرار الرجل يصح بأربعة – الولد والوالد ، والزوجة والولى . وإقرار المرأة يصح بثلاثة – الولد والزوج والولى ، ولا يصح إقرار الرجل أو المرأة فيما عدا هؤلاء . فإذا ادعى رجل على آخر أنه أبوه أو ابنه ، أو ادعى رجل على امرأة أنها زوجته ، أو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها ، والذى ادعى قبله ينكر هذا الإدعاء، فإذا أقام المدعى البينة على دعواه ، تقبل منه ، سواء ادعى بسبب هذه الأشياء حقا آخر على المدعى عليه أم لم يدع ، لأن كل هذه الأشياء جميعها مما يصح إقرار المدعى عليه بها .

إذا ادعى رجل على آخر – أنه أبو أبيه ، والأب غائب أو ميت ، أو ابن ابنه والابن غـائب أو ميت – أو أخوه لأبيه وأمه أو عمه لأبيه – لم تقبل دعـواه هذه إلا إذا ادعى قبل المدعى عليه حقا من نفقة أو ميراث أو غيرهما ، لأن الخصم المدعى عليه النسب فى الحقيقة هو الأب أو الابن ، وهما غائبان ، فلو لم يدع على الحاضر حقا لم يكن خصما للمدعى أصلا فلا تصح الدعوى عليه ، لأنها

تكون دعوى على غير خصم . وهى غير مسموعة شرعا . أما إذا ادعى عليه حقا كنفقه أو ميراث ، كان خصما بالنسبة لذلك الحق ، لأنه سيلزم به شخصيا . ولما كان لايمكن التوصل لإثبات الحق على الحاضر إلا بإثبات النسب على الغائب ، فينوب الحاضر عن الغائب ضرورة ، ويكون خصما فى ثبوت النسب على الغائب ، فينوب الحاضر عن الغائب ضرورة ، ويكون خصما فى ثبوت النسب أيضا ، حتى لو أقام المدعى بينة على نسبه ، قبلت منه ، وقضى له به ، ويكون قضاء على الغائب أيضا . فلو جاء الأب أو الابن - حسب الدعوى وأنكر - بعد ذلك - لا يقبل منه إنكاره ، ولا يحتاج لاعادة البينة عليه ثانياً .

٢ - إذا كان النسب المدعى به فى الدعوى مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ، ولا يثبت بإعترافه وفيه تحميل النسب على الغير - كالأخوة والعمومة - لا تسمع الدعوى به ، إلا أن يدعى - مع طلب النسب - حقا آخر من أرث أو نفقة مثلا ، ويكون هذا الحق الآخر هو المقصود الأول من الدعوى ولا يغتفر هنا التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ، ودعوى المال يضرها التناقض مادام باقيا لم يرتفع أو يوجد ما يرفعه (٢) .

دعوى الأخوة وأمثالها لا تسمع إلا ضمن حق آخر - كارث أو نفقة - وبذلك يكون المقصود الأصلى من الدعوى هو ذلك الحق . فإذا أدعى رجل على آخر أنه أخوة وطلب منه النفقة فأنكر المدعى عليه الأخوة ، ثم مات المدعى فجاء المدعى عليه - الذى أنكر الأخوة أولا - وادعى أنه أخ الميت وطلب ميراثه فيه ، لم يقبل منه ذلك للتناقض الحاصل ، ولم يغتفر له هذا التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ، ودعوى المال يضـرها التناقض . أما إذا ادعى على آخر أنه ابنه أو أبوه - وباقى المسألة السابقة بحالها - وبعد أن مات المدعى طلب المدعى عليه الميراث فيه لأنه ابنه أو أبوه ، فإنه يقبل منه ذلك ، ويغتفر له هذا التناقض لأن مقصوده الأصلى هو النسب والنسب يغتفر فيه التناقض الحاصل فيه .

بيت المال ليس وارثا .

التركات التى لاوارث لها تؤول شرعا إلى بيت المال . وأيلولة التركة إلى بيت المال أختلف فيها الرأى . فقال البعض بأن التركة هنا تؤول إلى بيت المال بطريق الميراث وقال آخرون إن التركة تؤول إلى بيت المال على أساس أنها لا مالك لها ، والمال الذى لا مالك له يؤول إلى بيت المال ، وأصحاب هذا الرأى أقرب

(٢) طعن ٣٢ / ٣٢ ق س ١٧ ص١٤٨١ .

إلى الصواب ، لأن الدولة ليست وارثة لمن لا وارث له ؛ كما ذهب إليه الأحناف » وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال لا يعتبر وارثا فى نظرا الشرع ، وكذلك فهو لا يصلح خصما فى دعوى الوفاة والوراثة (٣) .

يترتب على أن بيت المال ليس وارثا لمن لا وارث له عدة أمـــور : —

أولا : وصية من لا وارث له لا تتوقف على إجازة الدولة – فيما يجاوز الثلث . فإذا أوصى صاحب التركة بكل تركته لأحد نفذت وصيته فى كل التركة دون حاجة لإجازة بيت المال فيما زاد على الثلث . ويقدم الموصى له بما زاد على الثلث على بيت المال حتى لو كانت الوصية بكل مال التركة ، لأن بيت المال ليس وارثا . وإنما هو محل توضع فيه التركات التى لا مستحق لها على أنها من مال ضائع .

ثانيا : مال أهل الذمة – الذى يتوفون بدار الأسلام عن غير مستحق له – يكون لبيت المال ، ولو كان وارثا لما ورث من غير المسلم .

ثالثا : حق بيت المال – فى التركات التى لاوارث لها – لا يسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، لأن هذه المدة إنما تسقط دعوى الميراث ، وبيت المال ليس بوارث . والتركات التى تؤول لبيت المال تعتبر أموالا خاصة للدولة ومال الدولة – ولو كان خاصًا لا يجوز تملكه بالتقادم .

هذا ويلاحظ أن المشرع جعل ملكية التركات التى لا وارث لها للدولة بمجرد وفاة المالك دون وارث ، وذلك دون أن تضع يدها على التركة ، لأن الملكية هنا بحكم القانون (المادة ١ من القانون ٧١ / ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث .) فقد نصت « تؤول إلى الدولة ملكيته ... »

ثانيا – الطلاق والخلع والمبارأة .

ثالثا – الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية ، ويدخل تحت هذه الفقرة : —

ا – تطليق القاضى لعدم الأنفاق .
ب – تطليق القاضى بالعيب
ج – تطليق القاضى للضرر
د – تطليق القاضى للزواج بأخرى
ر – تطليق القاضى لاستحكام الخلاف بين الزوجين
ز– تطليق القاضى لغيبة الزوج أو لحبسه

---

(٣) مجموعة الكتب الفنى فى ٢٥ سنه جزء ٢ ص١٠٠٧

ع – ثبوت ايقاع الطلاق

ـ – التفريق ابطلان الزواج أو فساده

ك – تطليق للردة

هـ – منازعة الزوج الأول الذى اعتبر ميتاً فى بقاء الزوجية .

رابعـــا – دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية .

خامسـا – دعوى المطالبة بالمتعة .

سادسـا – دعوى المطلقة على الزوج المطلق بتهيئه مسكن مستقل مناسب لها ولصغارها من المطلق .

سابعـا – دعوى الزوج المطلق على مطلقته – التى تشغل مسكن الزوجية غير المؤجر – باخلائه لتهيئته لها المسكن المستقل المناسب .

ثامنـــا – دعوى الزوج المطلق على مطلقته ليعود للمسكن مع اولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به .

الاختصاص الثانى : للمحاكم الأبتدائية الشرعية هو اختصاص استئنافى .

فالمحاكم الأبتدائية الشرعية تعتبر محاكم الدرجة الثانية بالنسبة لما يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من المحكمة الجزئية . إذا ما طعن عليها بطريق الأستئناف . والحكم الصادر منها فى هذه الحالة يكون حكما نهائيا .

الاختصاص الثالث اختصاص المحاكم الأبتدائية فى تصرفات الأوقـــاف .

المحكمة الأبتدائية الشرعية ذات ولاية عامة فى جميع تصرفات الأوقاف ويكون القرار الصادر منها فى هذه التصرفات قرارا نهائيا أو قرار ابتدائيا قابلا للاستئناف .

مســائل الأوقاف التى تكون متمثـلة فى إجـراءات وتدابير تحتاجهـــا جهـــة الوقف هذه المســـائل تعرض على المحـكمة الأبتدائية الشرعية من صـاحب الشأن وتسمى « تصـــرفات » وتصـــــدر فيها المحـــكمة قرارات نهـائية بموجب ولايتها العامة وهذه القرارات بعضها نهائى وبعضها ابتدائى قابل للأســـتئناف .

التصرفات التى تصدر فيها قرارات نهائية هى :-

١ - الأذن بالخصومه إذا أذنت المحكمة بالخصومة كان القرار نهائيا ومهمه المأذون بالخصومة قاصرة على إتخاذ الاجراءات المأذون له فيها . وقد قضى بأن المأذون بالخصومة عن الوقف غير مسلط عليه لأن مهمته قاصرة على إتخاذ الاجراءات المأذون له فيها.

٢ - طلب الاستدانة إذا كان المبلغ المطلوب استدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى .

٣ - طلب الاستبدال . ويقصد به بيع الموقوف عقاراً كان أو منقولا بالنقد وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التى بيعت ، والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى - هذا هو استعمال الفقه لكلمة الاستبدال . ولكن طرأ عرف آخر للموثقين فأطلقوا الاستبدال على شراء عين بمال البدل لتكون وقفا ، والإبدال على بيع الموقوف بالنقد ، والتبادل أو البدل على المقايضة .

والاستبدال من حق محكمة التصرفات فى الأوقاف تباشره بما لها من الولاية العامة على الأوقاف - إذا لم يكن الاستبدال حقا للواقف . ومحكمة التصرفات لها الاستبدال فى ، الأحوال الأتية :-

ا - إذا لم يكن للواقف فيه شرط أصلا .

ب - إذا كان للواقف شرط باطل كما إذا اشترط الاستبدال له ولغيره .

ج - إذا لم يكن للواقف حق فى الاستبدال لعدم اعتبار شرطه .

د - إذا كان الواقف قد اشترط الاستبدال لنفسه فى عقدة الوقف ثم عاد فأسقط هذا الشرط .

ر - إذا شرط للواقف حق الاستبدال ولكنه أباه مع ظهور المصلحة فيه للوقف .

ز - إذا شرط الواقف عدم الاستبدال وكانت المصلحة مخالفة لهذا الشرط . وقد أطلق حق المحكمة في الاستبدال ، ولم يقيد بوقف دون وقف فلها هذا الحق فى جميع الأوقاف . غير أن المحكمة لا تملك الاستبدال إذا كان فيه ضرر أو لم يكن فيه خير ولا شر ، ولاتملكه إلا إذا ظهر لها أن فيه مصلحة .

أذا أذن القاضى باستبدال الوقف ، فإن الاســتبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة صيغة البدل ، وذلك بغض النظر عما يكون للعقد الأبتدائى من آثار أخرى .

ويشترط لنهائية القرار الصادر من المحكمة الأبتدائية الشرعية فى طلب الاستبدال ألا تكون قيمة العين الوارد عليها الاستبدال زائدة على مائتى جنيه مصرى .

٤ – طلب بيع العقار الموقوف لسداد دين على الوقف ويشترط لنهائية القرار الصادر من المحكمة ألا تكون قيمة العين الوارد عليها البيع أزيد من مائتى جنيه مصرى .

٥ – تحكير الوقف أو تأجيره لمدة طويلة . ويشترط لنهائية القرارالصادر من المحكمة الاتزيد قيمة العين الوارد عليها التحكير أو التأجير على مائتى جنيه مصرى .

التصرفات التى تصدر فيها قرارات ابتدائية قابلة للأستئناف .

ا – التصرفات التى تجاوز النصاب النهائى فى طلبات الاستدانه والاستبدال وبيع العقار والتحكير والتأجير ، والسابق بيانها .

ب – رفض الأذن بالخصومة فى الأوقاف .

ج – رفض طلب الاستدانه أيا كان مقدار المبلغ المطلوب .

د – رفض طلب الاستدانه ، أو رفض طلب بيع العقار الموقوف لسداد دين ، رفض طلب التحكير والتأجير لمدة طويلة ، ورفض طلب تغيير المعالم أيا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف .

وقد اعتبرت القرارات المتقدمة ابتدائية لأنها على نقيض القرارات التى اعتبرت نهائيه .

و – ما يستجد غير ما تقدم من طلبات خاصة بالوقف والنظر عليه وإدارته وتصيفيته .

وتقدر قيمة الأعيان الموقوفة – عند اللجوء إلى القضاء – طبقاً للقواعد المقررة بالقانون رقم ٩١ / ١٩٤٤ بشأن الرسوم أمام المحاكم الشرعية . فقد نصت المادة ١١ من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ على أن تطبق على الدعاوى التى

ترفع إلى المحاكم الوطنية طبقاً لهذا القانون ومن وقت العمل به القانون رقم ٩١ / ١٩٤٤ بشأن الرسوم أمام المحاكم الشرعية . وقد نصت المادة ٦٤ من القانون الأخير على أن يكون اساس تقدير الرسوم النسبية على قيم العقارات المتنازع فيها وفقا للأسس الآتية : -

أ - بالنسبة للأرضى الزراعية تقدر قيمتها على أساس الثمن أو القيمة التى يوضحها الطالب بحيث لا تقل عن الضريبة السنوية مضروبة فى سبعين .

ب - بالنسبة للعقارات المبنية تقدر قيمتها على أساس الثمن أو القيمة التى يوضحها الطالب بحيث لا تقل عن قيمتها الأيجارية السنوية المتخذة أساسا لربط الضريبة عليها مضروبة فى خمسة عشر .

ج - بالنسبة للأراضى الزراعية الكائنه فى ضواحى المدن ، والأراضى الزراعية التى لم تفرض عليها ضريبة ، والأراضى المعدة للبناء والمبانى المستحدثة التى لم تحدد قيمتها الأيجارية بعد ، والمنقولات يقدر الرسم مبدئياً على القيمة التى يوضحها الطالب ، وبعد تحرى قلم الكتاب عن القيمة الحقيقة يحصل الرسم عن الزيادة .

ويجوز لقلم الكتاب فى الحالات المنصوص عليها فى البند ج بعد موافقه النيابة أن يطلب التقدير بمعرفة خبير ، ولا يجوز الطعن فى التقدير بعد ذلك بأى حال من الأحوال ، وتلزم الحكومة بمصاريف الخبير إذا كانت القيمة التى قدرها الخبير مساوية للقيمة الموضحة أو أقل منها ، وإلا الزم بها صاحب الشأن ، ولا يرد على أى حال شىء من الرسوم المدفوعة ، وتكون اجراءات التعيين وايداع التقرير بلا رسم .

ويجوز لصاحب الشأن قبل انتهاء التقدير بمعرفة الخبير أن يتفق مع قلم الكتاب على القيمة . وتصدق النيابة على ما تم الأتفاق عليه .

الباب الثالث

فى اختصاص المحكمة العليا

مادة : — ٩

تختص المحكمة العليا الشرعية بالفصل فى قضايا الأستئناف الذى يرفع إليها فى الأحكام والتصرفات فى الأوقات الصادرة بصفة ابتدائية من المحاكم الشرعية الأبتدائية .

❑❑❑

صدر القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ ونص على احالة الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات بدون رسوم جديدة مع مراعاة القواعد الأتية : مادة ٢ وتحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحكمة العليا الشرعية ، أو أمام الدائرة الأستئنافية بالمجالس المالية إلى محكمة الأستئناف الوطنية التى تقع فى دائرتها المحكمة الأبتدائية التى أصدرت الحكم المستأنف .

فمحـــاكم الأستئناف تمارس اختصاصـــها الأستئنافى البحـــت إذا عرض عليها الأحـــكام والقرارات غير الأنتهائية الصـــادرة من المحـــاكم الأبتدائية باعتبـــارها محاكم الدرجة الأولى فى القضايا والتصرفات التى تكون من اختصاص هذه المحاكم وتعرض عليها لأول مرة للفصل فيها . ومحاكم الأستئناف لا تنظر قضية أو تصرف لأول مرة مطلقاً ، وأنما تنظر طعنا على حكم لعدم رضـــاء الخصوم به .

الباب الرابع

فى الاســـتئناف

مادة – ١٠

يجوز الأستئناف أمام المحاكم الشرعية الأبتدائية فى الأحكام الأبتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية التابعة لها مع ملاحظة نص المادة السابعة .

ويجوز الأستئناف فى الأحكام والتصرفات فى الأوقات الصادرة بصفة ابتدائية من المحاكم الشرعية الأبتدائية أمام المحكمة العليا .

□□□

بصدور القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية أصبحت محاكم الأستئاف – التى حلت محل المحكمة العليا الشرعية – هى صاحبته اختصاص استئنافى بحت فى الأستئنافات التى ترفع أمامها فى الأحكام والقرارات غير الأنتهائيه الصادرة من المحاكم الأبتدائية الشرعية باعتبارها محاكم الدرجة الأولى فى القضايا والتصرفات التى تكون من اختصاص هذه المحاكم ، وبتعرض عليها لأول مرة للفصل فيها .

والمحـــاكم الأبتدائية الشرعية هى صـــاحبة الاختصاص فى نظرالاستئنافات التى ترفع أمامها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية بصـــفة ابتدائية .

الكتاب الثالث

المواد من ١١ - ١٩ الغيت بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥

الباب الرابع

فى اختصاص المحاكم بالنسبة لمحل الاقامة ومحل العقار

مـادة – ٢٠ – محل الإقامة هو البلد الذى يقّطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة .

□□□

الاختصاص المحلى للمحاكم يرتبط بمحل إقامة الخصوم أو موطنهم ، فإن لم يكن لهم موطن فبمحل وجودهم . ومحل الوجود هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عرضا وهو الذى يقيم فيه المتجول أو الساعى وراء رزقه متنقلاً من بلد إلى آخر .

فقهاء الشريعة الأسلامية يرون أن الموطن الأصلى هو موطن الإنسان فى بلدته ، أو فى بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيهـا مع أهله وولده ، وليس في قصده الترحال عنها . والموطن بهذا المعنى يحتمل التعدد ، ولا ينتقص بموطن السكنى ، وهو ما استلهمه نص المادة ٢٠ لأنحة ، إذا اعتبرت الموطن الذى يقطنه الشخص ، واعتزم القرار فيه ، وعدم الأرتحال عنه محل إقامه .

هذا ويلاحظ أن الفقه الأسلامي يعرف الموطن الأصلى وهو الذى يولد الشخص فيه . وموطن الإقامة – ويسمى بالموطن المستعار أو الحادث – وهو ما يخرج إليه الشخص بنية الإقامة خمسة عشر يوما فاكثر . وموطن السكنى وهو ما يخرج إليه الشخصى بينه الأقامة أقل من نصف شهر . ولم تقصد المادة ٢٠ إلا الموطن الذى يقطنه الشخص بينة القرار فيه ، وعدم الأرتحال عنه .

وقضى بأن الموطن فى مفهوم المادتين ٤٠ مدنى ، ٢٠ لائحة هو المكان الذى اعتاد الشخص الأقامة فيه بصفة مستقره ، والتغيب عنه فترات لا أثرله . والاستقرار هو الإقامة فى مكان معين . ومرده نية الشخص ، ويستدل عليها من الظروف ، وتوافر عنصر الاستقرار ، ونية التوطن ، واقع يستقل به قاضى الموضوع (٤) .

محل الإقامة بلسان القانون يشمل ما يعبر عنه بلسان الشرع بالموطن الأصلى وهو محل إقامة الأهل والعشيرة . والموطن الأصلى مما يتعدد ، فكذلك محل الإقامة . (٥) .

المادة ٤٠ من القانون إذ نصت على أن الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة دلت على أن المشـرع اعتد بالتصوير الواقعى للموطـن - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحيه - استجابة للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادىء المقررة فى الشريعة الأسلامية التى أفصحت عنها المادة ٢٠ لائحة ، فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العـادى ، وجعل المعـول عليه فى تعيينه الإقامة المستقرة ، بمعنى أنه يشترط فى المواطن أن يقيم فيه الشخص ، وأن تكون إقامته بصفة معتادة ، وعلى وجه يتحقق فيه شرط الأعتياد ، ولو لم تكن الأقامة مستمرة ، وإنما يتخللها فترات غيبية متقاربة أو متباعدة (٦) .

والعبرة فى محل الإقامة بوقت رفع الدعوى ، فلا تأثير أصلا لتغيير الخصم محله بعد قيام الخصومة ، وإلا لكان من الميسور تبديل محل الإقامة عقب رفع الدعوى ، وهكذا إذا رفعت دعوى أخرى مما يؤخر الفصل فى الدعوى إلى أجل غير محدود ، وعلاوة على مافيه من الإضرار وكثرة النفقات .

وقد قضى بأن منزل العائلة لايعتبر موطنا إلا إذا ثبت إقامة الشخص فيه على وجه الأعتياد والأستيطان (٧) .

مـــادة - ٢١ - ترفع الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له محل إقامة كالرحل ، رفعت الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى .

□□□

الأختصاص المحلى لاعلاقة له بالنظام العام ، لأن المحكمة التى يرفع النزاع أمامها لها من السلطة - بالنسبة لهذا النزاع - قدر مـــا للمحكمة المختصة تبعـا

(٤) نقض ٣٠ / ٥٢ ق ٢٤ / ٥ / ١٩٨٣ .
(٥) مبادىء القضاء ص١٠٢٤ .
(٦) طعن ٣٦ / ٤٥ ق س ٢٨ ص١٣٥٤ .
(٧) طعن ٢٨٢ / ٤٨ ق فى ٥ / ١٢ / ١٩٨٢ .

لمحل إقامة المدعى عليه ، غاية ما هنالك أنه أريد بإخراج النزاع عن اختصاصها ، مراعاة جانب المدعى عليه لأن مصلحته تقضى بضرورة نظر الدعوى المرفوعة عليه أمام محكمة محل إقامته ، وليتفادى المشقة وكثرة النفقات فى انتقاله إلى المحكمة التى يرى المدعى عرض النزاع عليها ، كما أن مصلحة العدالة تقتضى نظر النزاع الخاص بالعقار أمام المحكمة الواقع فى دائرتها هـذا العقار .

ولأن الاختصاص المحلى ليس من النظام العام ، فإنه يجوز للخصوم ان يتفقوا على تغيير الاختصاص المحلى فى شأن نزاع بعينه، فيخرجون من دائرة الاختصاص المحلى لمحكمة المدعى عليه إلى دائرة الاختصاص لمحكمة المدعى أو لأى محكمة أخرى . كما أن المدعى عليه وحده هو الذى يملك التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلى ، ولا تحكم المحكمة بعدم الاختصاص المحلى من تلقاء نفسها

ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل ابداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فى ابدائه .

الأصل فى الاختصاص المحلى أن الدعوى ترفع أمام المحكمة الواقع فى دائرتها محل أقامة المدعى عليه ، ومحل الإقامة حددته المادة ٢٠ لأئحة بأنه البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما عادة فيه ، ويبرر فقهاء المرافقعات هذا الأصل بأنه مادام لم يصدر حكم بأحقية المدعى ، لما يزعمه ، ويعتبر المدعى عليه محق فى موقفه إزاءه ، ويكون ادعاء المدعى على خلاف الظاهر ، ولذلك يطالب بأن يتبع المدعى عليه فى موطنه ويختصمه أمام المحكمة التى يقع هـذا الموطن فى دائراتها ، ولا يسوغ للمدعى أن يكلف المدعى عليه – عنتا – بأن يجلبه إلى محكمته هو ، وهو بعد مدع بحق لم يثبت له ، وإنما يكون العبء كله من حيث متاعب الإلتجاء إلى القضاء والوفاء بنفقاته ، وإقامة الدليل على صحة الأدعاء واقعا على عاتق ذلك المدعى . .

قد يتفق أن لايكون للمدعى عليه محل إقامة – كالرحل – ففى مثل هذه الحال يكون الأختصاص المحلى راجعاً إلى محل إقامة المدعى . وهذا الأستثناء مقرر لمصلحه المدعى نفسه .

مــادة – ٢٢ – إذا لم يكن للمدعى ولا للمدعى عليه محل إقامة ، فالدعوى ترفع أمام المحكمة التى فى دائرتها محل وجود المدعى عليه وقت الإعلان ، فإن لم يكن للمدعى عليه محل وجود بالقطر المصرى ، فالدعوى ترفع أمام المحكمة التى بدائرتها محل وجود المدعى وقت الإعلان .

□□□

يواجه نص المادة ٢٢ فرضا هو « عدم وجود محل إقامة للمدعى أو للمدعى عليه » بالمعنى المعروف فى المادة ٢٠ لائحة ، ولكن هناك محل وجود مؤقت للمدعى عليه يمكن إعلانه فيه ، فتكون المحكمة المختصة محليا التى ترفع أمامها الدعوى هى المحكمة التى يقع فى دائراتها محل الوجود هذا . أما إذا لم يكن للمدعى عليه محل وجود بالقطر المصرى فالدعوى ترفع أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها محل وجود المدعى وقت الإعلان .

هذا ويلاحظ أن نص المادة ٢٢ عبر « بمحل الوجود » وهو المكان الذى يقيم فيه الشخص عرضا ، أى بنية المفارقة كالمصيف والمشتى أو الجهة التى يلقى بها المتجول أو الساعى وراء رزقه عصا الترحال ، إذ هذه وأمثالها لاتعتبر محل إقامة أو وطن أصلى فى نطاق فقه المذهب الحنفى ، وهى تفترق عن محل الإقامة لكونها عرضــية ، أى أنها ليســت مقاما مستمرا للشـــخص ، بل يظل ينتقل إلى ســواها .

إعتبر المشرع أن الدعوى ترفع من وقت الإعلان إذا لم يكن للمدعى أو المدعى عليه محل إقامة ، وإنما لأحدهما محل وجود بالقطر المصرى ، وفى هذه الحالة اعتبر بمحل وجود المدعى ، وهى نتيجة لازمة إذ عدم معرفة محل وجود المدعى عليه ينبنى عليه أن ليس هناك محكمة أخرى تكون مختصة .

مادة :– ٢٣ – إذا تعدد المدعى عليهم ، وكان الحكم على أحدهم حكما على الباقى ، فللمدعى الخيار فى رفع الدعوى أمام المحكمة التى يكون فى دائرتها محل إقامة أحدهم . فإن لم يكن لواحد منهم محل إقامة ترفع الدعوى أمام المحكمة التى بدائرتها محل وجودهم أو وجود أحدهم وقت إعلانها ، فإن لم يكن لأحد منهم محل وجود أيضا فأمام محكمة المدعى كذلك .

أخذ المشرع بأحكام المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ في شأن الاختصاص المحلي فاعتبر محل الإقامة ، وعند عدمه ، اعتبر محل الوجود ، وعند عدمه اعتبر محل محكمة المدعي . وهذه المحكمة الأخيرة تشمل محكمة محل الإقامة في المادة ٢١ ومحكمة محل الوجود في المادة ٢٢ وسبب ذلك الأطلاق الوارد بعجز المادة ٢٣ وعلى هذا الأساس إذا لـم يكن للـمدعي علـيهم أو لأحـدهم مـحل وجـود لجأ المدعي إلى محكمته هو .

المادة ٢٣ لائحة يندرج تحتها ثلاث صور .

الأولى :— أن يكون للمدعي عليهم محل إقامة .

إذا تعدد المدعي عليهم في دعوى واحدة ، وكان لكل منهم محل إقامة كان للمدعي الخيار في رفعها أمام المحكمة التي في دائرتها محل إقامة أي واحد منهم . غير أنه يشترط أن يكون الحكم على أحدهم حكما على الباقين . بمعنى أن المدعي به غير قابل للتجزئة ، ويتوافر سببه في كل منهم ، بحيث إذا رفعت الدعوى على واحد منهم وصدر الحكم عليه انسحب أثره على الباقين ومثال ذلك :

١ — وقف مشمول بنظارة ناظرين أو أكثر وادعى أحد الناس في مواجهة أحد الناظرين الاستحقاق في هذا الوقف ويحكم له به فهذا الحكم يكون حكما على الناظر الآخر .

٢ — خاصم رجل أحد أولاد أخيه الميت مدعيا أن الوقف بطن بعد بطن فلا يستحق في الوقف شيئا إلا بعد وفاته ، فإذا حكم له على المدعي عليه انسحب الحكم على سائر أولاد أخيه .

٣ — إذا ادعى شخص على آخر نفقة لأنه أخوه ، فإذا حكم له بما طلب كان ذلك حكما على والد المدعي عليه مع أنه ليس في الخصومة ، وكان في ذلك ثبوت النسب لأنه لا محالة سبب لما اشتملت عليه الدعوى .

وسبب ماتقدم هو عدم تجزئة الحق ووجود سببه في كل من الحاضر من المدعي عليهم والغائب .

أما إذا كانت الدعوى قابلة للتجزئة بين المدعي عليهم ، أو أن بعض المدعي عليهم لم يكن خصماً حقيقيا في الدعوى مثال : —

١ — إذا الحقت الأم المطلقة ولدها في مدرسة داخلية وانتهت مدة الحضانة ورفع والده الدعوى بضمه على الأم وناظر المدرسة ، فالخصم الحقيقي هنا الأم

الحاضنة ، وعلى ذلك لا يكون الحكم عليها حكما على الناظر ، فانتفى الشرط « وهو أن يكون الحكم على أحد المدعى عليهم حكما على الباقين » ومن ثم يكون الإختصاص لمحكمة جهة إقامة الأم . أما عمل الناظر فهو القيام بتسليم الولد كمقتضى نص الحكم وهو بمعزل عن النزاع فى حقيقة الأمر .

٢ - إذا رفع شخص دعوى على المستحقين فى وقف يدعى الاستحقاق معهم فيه ، وأدخل الناظر لكى يكون الحكم فى مواجهته ، فإذا حكم للمدعى لا يكون هذا الحكم حكما على الناظر نفسه بل على المستحقين وحدهم ، وكل ماعلى الناظر هو احترام ماقضى به والعمل بموجبه ، وعلى ذلك لا يلتفت فى رفع الدعوى إلى محل إقامة الناظر لأنه ليس بخصم .

٣ - استدانة الزوجة النفقة بأمر القاضى ، وقد أيسر الزوج فرفع الغريم دعوى على الزوج يطالبه بمقدار ما أقرضه لزوجته ،أدخل هذه فى الدعوى . ولما كان المسؤول أصلا هو الزوج فإن الحكم عليه لا يكون حكما على الزوجة ومن ثم لا يكون لمحل إقامة الزوجة تأثير فى الاختصاص .

الأمثله المتقدمة يكفى فيها أن يكون هناك محل إقامة ولو لو احد من المدعى عليهم .

الثانية - عدم وجودمحل إقامة لأى واحد من المدعى عليهم ، غير أن لهم أو لبعضهم محل وجود فى هذه الحالة ترفع الدعوى أمام المحكمة التابع لها محل الوجود . ويلاحظ أن النص لم يخول المدعى أن يرفع دعواه أمام محكمته ، اسوة بالحالة التى يكون فيها المدعى عليه واحدا .

الثالثة : ألا يكون هناك محل وجود للمدعى عليهم . فى هذه الحالة ترفع الدعوى أمام محكمة المدعى ، وتكون هى المختصة ، سواء من جهة إقامته أو وجوده وقت الإعلان .

مادة : - ٢٤ - ترفع الدعوى أمام المحكمة التى بدائرتها محل إقامة المدعى أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو الأم أو الحاضنة فى المواد الآتية : -

١ - الحضانة .

٢ - انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .

٣ - أجرة الحضانة والرضاعة والنفقات وأجرة المسكن .

٤ - المهر .

٥ - الجهاز .

٦ - التوكيل فى أمور الزوجية .

٧ - الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ماسبق .

٨ - الطلاق والخلع والمبارأة .

٩ - الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

أجاز المشرع للمدعى أن يختار محكمة محل الإقامة - سواء كانت محكمته هو أو محكمة المدعى عليه - فى بعض مواد وردت بالنص لاعتبارات قصد بها مراعاة ظروف رافع الدعوى والحاجة إلى التيسير عليه ، وإلى جانب ذلك أبقى المشرع له الحق فى أجراء حكم القاعدة العامة الوارد النص عليها فى المواد السابقة بأن يرجع إلى محكمة محل إقامة المدعى عليه ، فقد يتحقق بذلك صالح المدعى .

ويشترط نص المادة ٢٤ لاستعمال الخيار الوارد بها أن تكون الدعوى مرفوعة من : -

١ - الزوجة - وهذا التحديد يقتض أن يكون المدعى عليه هو الزوج ، كأن ترفع الدعوى عليه للمطالبة بالمهر أو الجهاز - أما إذا كانت دعواها على غير الزوج فهذا يقتضى أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة محليا طبقا للقواعد السابقة .

٢ - الأم - وهذا التحديد يقتضى أن يكون النزاع خاصا بولدها ولو كان المدعى عليه غير الزوج .

٣ - الحاضنة - وهذا التحديد يقتضى أن يكون النزاع خاصا بالمحضون ولو كان المدعى عليه غير أبيه .

١ – الحضانة

الحضانة هى تربية الطفل ورعايته ، والقيام بجميع أموره من سن معينه ممن له الحق فى الحضانة . والأم هى الأحق بالحضانة حتى ولـو طلقت مـالم يتم لهـا الزواج .

والحضانة حق المحضون ، فلا يجوز لأمه اسقاطها بحال ، بل وتلزم بها على سبيل الإجبار . لأن الحضـانة نوع من الولاية جعلها الشارع فى اشخاص بعينهم ، والمرجع فى تحديدهم للنصـوص وذلك محافظة على الصـغير ، ولذلك لا تكون الحضانة بجعل الجاعل ، فليس للأب أن يختار من تحضن صغيره .

ومدار الحضانة نفع المحضون ، ومتى تحقق نفعه . وجب المصير إليه بدون التفات إلى حق الأب أو حق الحاضنة . ولذلك إذا بلغ الصغير أقصى سن الحضانة واستغنى عن خدمة النساء وأبى الأب ضمه إليه أجبر عليه ، وعزر ، وكذلك الحال إذا تركت الحاضنة الصغير للأب قبل بلوغ الصغير السن لقاء مصلحة ذاتية ، كان عمل الأم باطلا فيهدر ، وتجبر على امساك الصغير متى كان فى إمساكه مصـلحته ، كما أنها إذا حـاولت إبقاءه بعد الإسـتغناء لا تجاب إليه رعـاية لحق الصغير الذى يجب ان يعطى للأب لإكمال تربيته وتعهده وحفظه واعداده للحيـاة النافعة .

الدعوى بطلب حضانة الصغير تختص بها محليا محكمة المدعى أو محكمة المدعى عليه ، والخيار هنا مقرر للمدعية إذا كانت الدعوى من الحاضنة .

مدة الحضانة وترتيب الحاضنات يرجع فى شأنها إلى نص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ سنة١٩٢٩ .

إذا كانت الدعوى من الأب بضم الصغير إليه بعد تجاوز سن الحضانة فإن الإختصاص المحلى ينعقد للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل المدعى عليه طبقا للقواعد العامه المنصوص عليها فى المادة ٢٠ من الأئحة وما بعدها .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حق الحضانة ثابتا للأم فليس للأب إخراجه من البلد الذى تقيم الأم فيه ، إلا إذا رضيت بذلك لأنها والحالة هذه تكون قد اسقطت حقها ، فإن سقط حقها فى الحضانة بأن طلقت وتزوجت بغير رحم محرم ، وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز للأب أن يسافر بولده إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها فى الحضانة ، وغير الأب من العصبات حكمه فى ذلك كالأب .

٢ – انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر

الأصل أن حق حضانة الصغير لأمه مادام الصغير فى سن الحضانة ، وأن هذا الأصل لايبطله إلا إقامة الحاضنة بالصغير بعيداً عن مكان الحضانة . والفقهاء وإن نصوا على وجوب إقامة الحاضنة فى مكان الحضانة إلا أنهم لم ينصوا على أن انتقالها منه مسقط لحقها فى الحضانة ، وكل ما هنالك أنه يجب أمرها بالانتقال بالصغير إلى مكان الحضانة ، وهو المكان الذى كانت تقيم فيه مع والده .

نص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ سنة١٩٢٩ توسع فى ترتيب الحاضنات وهذا يقتضى بيان انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر . والحاضنة هنا قد تكون أماً وقد تكون غيرها .

أ – إذا كانت الحاضنة هى الأم – فإذا كانت فى العدة فلا يجوز لها أن تنتقل بالصغير ولو أذن الزوج لأن القرار فى البيت الذى حصلت فيه الفرقة وهما مقيمان فيه ، حق الشرع ، فلا يصح اتفاقهما على إبطاله . أما إذا كانت الأم تريد الأنتقال – بعد انقضاء عدتها – فلا يخلو الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه و المنتقل إليه من أحد الأمور الأتية :–

١ – أن يكون الانتقال من مدينة إلى مدينة .

٢ – إن يكون الانتقال من قرية إلى قرية .

٣ – إن يكون الأنتقال من قرية إلى مدينة

٤ – إن يكون الانتقال من مدينة إلى قرية (٨) .

الدعوى التى ترفع فى أمر من أمور انتقال الحاضنة بالصغير يكون الأختصاص المحلى بنظرها لمحكمة المدعى أو محكمة المدعى عليه . والخيار هنا مقرر للمدعية إذا كانت هى الحاضنة .

هذا ويجب إن يراعى فى انتقال الأم بالمحضون نوع السفر المألوف الميسور للكافة ، ولا ينظر فيه إلى ما نص عليه فى السفر الشرعى المتضمن أن الرخصة فيه ثلاثة أيام لاختلاف المناط ، لأن المناط فى انتقال الأم وسفر الأب إلى حيث انتقلت منع الضرر عن الأب ، ولا شك أن كل زمان ومكان بحسب طرق المواصلات المعتادة .

---

(٨) راجع التعليق على الفقرة الثانية من المادة السادسة .

٣ - أجر الحضانة والرضاعة والنفقات وأجرة المسكن .

الدعوى بطلب أجر حضانة أو رضاعة أو أجر مسكن وكذلك الدعوى بالنفقات ترفع أمام محكمة المدعى أو المدعى عليه بشرط أن تكون الدعوى من الأم أو الزوجة أو الحاضنة .

وهذا ويلاحظ أن الحضانة عمل تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير ولذا تستحق عنها أجراً والحاضنة سلطة على هذا العمل من قبل الشارع فتستحق عليه الأجر من تاريخ القيام به - بعد انقضاء عدتها .

أجرة الحضانة ليست أجرة محضة بل هى أجرة فيها معنى المؤونة لأنها جزاء الإحتباس لأجل الصغير ، لحفظه وتربيته وتعهده وهو فى سن الحضانة . وتبقى مستحقة لأجرة الحضانة مادامت قائمة بها ، أما إذا انفصل الولد عنها إلى الأب فينعدم قيامها إذن بحفظه وتعهده ، فلا أجر لها بعد ذلك .

أجر الرضاع تستحقه المرضع بمجرد الإرضاع وفى مدته ، ولا يتوقف على إجارة بينها وبين والد الصغير ، لأن الإرضاع عمل ، والمرضع مسلطة على هذا العمل من قبل الشارع (٩) فتستحق الأجر عليه من تاريخ القيام به .

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير ، وتجب على من تجب نفقته عليه . والحكم الشرعى أن الحاضنة تكون لها أجرة مسكن تمسك فيه الصغير إذا لم تكن لها مسكن تسكنه ، فإذا كان لها حق السكن بسبب من الأسباب الشرعية فلا يكون لها أجرة مسكن حضانة .راجع المادة ١٨ مكرراً من القانون ٢٥ /١٩٢٩ .

النفقات بأنواعها ترفع الدعوى بها أمام محكمة المدعى أو المدعى عليه . إذا كان رافعها الزوجة أو الأم أو الحاضنة .

٤ - الدعوى بالمهر .

إذا كانت الدعوى بالمهر مرفوعة من الزوجة فإن الأختصاص المحلى ينظرها يكون لمحكمة الزوجة أو محكمة المدعى عليه . أو ورثته .

٥ - الدعوى بالجهاز .

إذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة المطالبة بجهازها يكون لها أن ترفعها أمام المحكمة التى تقيم فى دائراتها أو أمام المحكمة التى يكون المدعى عليه

---

(٩) أنها تقوم بالعمل بقوة القانون .

مقيمـا فى دائراتها . ويكون للمدعية الخيار بين المحكمتين بشرط أن تكون هى الزوجــة صاحبة الجهــاز أم اذا كانت الدعــوة بالجهــاز من ورثة الزوجة فيكون الأختصــاص المحلى بنظــرها لمحـكمة المدعى عليه . وراجــع المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ .

٦ – الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ماسبق . المقصود بالزواج هنا :–

١ – **انعقاد الزواج** – بايجاب وقبول، وتوافر شروط الأنعقاد ، وتأبيد عقد الزواج لأن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا .

٢ – **شروط الزواج** من حيث الصحة والنفاذ واللزوم . فشروط الصحة لايعتبر العقد بغيرها موجودا وجودا يحترمه الشارع وتثبت به الأحكــام التى ناطها بالعقد . وهذه الشروط هى ١ – حضور الشاهدين

٢ – أن تكون المراة محلا للعقد . أما شروط نفاذ العقد أن يكون الذى تولى أنشاء العقد له ولاية انشائه . أما شروط لزوم عقد الزواج فهى .

١ –أن يكون ولى الزواج أهلا للتزويج فلا يكون فاقد الأهلية أو ناقصها .

٢ – ألا يقل المهر عن مهر المثل .

٣ – الا تزوج البالغة العاقلة من غير كفء .

٤ – الا يكون العقد قد شابه تغرير فيما يتعلق بالكفاءة .

إذا رفعت الدعوى للنيل من عقد الزواج لأى سبب من أسباب انعقاده ، أو صحته أو نفاذه أو لزومه فإن الأختصاص المحلى يكون للمحكمة التى تقع الزوجة فى دائرتها أو المحكمة التى يقع الزوج فى دائرتها ، والزوجة بالخيار بين المحكمتين .

الموارد المتعلقة بالزوجية هى المواد التى تكون أثراً من آثار الزواج غير الجهاز والمهر والنفقة وأجور الحضانة والرضاع وإجره المسكن . ومثال هذه المواد دعوى إثبات النسب ودعوى الميراث ودعوى الرجعة ، والمنازعة فى العدة ودعوى طلب المتعة ، وغير ذلك من الدعاوى التى يكون موضوعها أثرا من آثار الزواج . بمعنى أن تكون المادة المعروضة على المحكمة مترتبة على الزوجية ، ومتعلقة بها .

٧ – الدعوى بطلب الطلاق أو الخلع أو المبارأة يكون الأختصاص المحلى بها لمحكمة الزوجة أو لمحكمة المدعى عليه .

٨ - كل دعاوى الفرقة بين الزوجين أياً كانت أسبابها الشرعية يكون الأختصاص المحلى ينظرها لمحكمة الزوجة أو لمحكمة الزوج .

مادة :- ٢٥ - ترفع الدعوى فى مواد إثبات الوراثة والإيصاء ، والوصية ، أمام المحكمة التى فى دائرتها أعيان التركة كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه .

□□□

فى دعوى إثبات الوراثة ، ودعوى الإيصاء ودعوى الوصية يتحدد الأختصاص المحلى بأحد أمرين : - الأول مقر أعيان التركة كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، والثانى محل إقامة المدعى عليه . والمدعى بالخيار ، فله أن يلجأ إلى المحكمة الواقع فى دائرتها أعيان التركة كلها أو بعضها الأكبر قيمة أو أن يلجأ إلى محكمة المدعى عليه .

دعوى إثبات الوراثة : يرفعها المدعى لإثبات وراثته للمتوفى ، وذكر المال وإن كان شرطاً لصحتها ، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولا - أى إثبات صفته بالنسبة للمتوفى ، ومقدار نصيبه الميراثى أولا ثم بعد ذلك يثبت المال . وعلى هذا الأساس لايشترط تحديد المال تحديدا واضحا عند رفع دعوى إثبات الوراثة ، أو تحديد واضع اليد عليه . فإذا تضمنت صحيفة الدعوى أعيان التركة المخلفة عن المورث ، وهو ما يشكل دعوى المال التي يشترط أن تنتظمها دعوى الإرث (١٠) - ويكفى لسماع دعوى الوراثة .

فى دعوى إثبات الوراثة لابد من أن يوضح المدعى سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى المورث ، بحيث يذكر نسب الميت ، ونسب المدعى حتى يلتقيا إلى أصل واحد ، والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره ، ويبن للقاضى أنه وارث حقيقة ليعرف نصيبه الميراثى . فإذا كان قوام دعوى الإرث هو استحقاق الإرث من المتوفى على سند من العصوبة النسبية التى ترجع أساساً إلى جهة العمومة التى لا مدخل للنساء فيها فيكفى ثبوت إجتماع المدعى والمتوفى على جد واحد دون حاجة للجدة الجامعة .

---

(١٠) طعن ١٥ / ٤٣ س ٢٧ ص ٢٢٢ .

دعوى الإرث تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية ، ولا يشترط القانون فيها إجراء تحريات مسبقة من الجهة الإدارية ، لأن هذه التحريات يقتصر نطاقها على طلبات تحقيق الوفاة وإثبات الوراثة التى تختص بها المحاكم الجزئية وتصدر فيها بصفتها الولائية إشهادات متعلقة بحالة الإنسان المدينة تكون حجة فى خصوصها مالم يصدر حكم على خلافها عملا بالمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وقد أصبح إجراء هذه التحريات متروكا لمحض تقدير المحكمة وفقا للتعديل الذى جرى على المادة ٣٥٩ لائحة بمقتضى القانون رقم ٦٨ / ١٩٦٤ . (١١) .

دعوى الإيصاء : — جرى العرف على أن إقامة الإنسان وصيا على تركته وأولاده بعد موته يسمى إيصاء . فالإيصاء معناه إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد موته للنظر والتصرف فى شؤون تركته وشؤون أولاده .

ودعوى الإيصاء قد يرفعها الشخص الذى عين وصيا ، وقد يرفعها الموصى عليهم بشأن التصرفات التى يباشرها الوصى .

الأيصاء والمنازعات الناشئة عنه لايظهر إلا بعد موت الموصى .

دعوى الوصية :—

الوصية تصرف فى المال على وجه التبرع مضافا إلى ما بعد موت الموصى والمدعى فى دعوى الوصية قد يكون الموصى له أو ورثة الموصى . وموضوع الدعوى قد تكون فى انعقاد الوصية ، وما تنعقد به ، أو شروط الموصى أو شروط الموصى به وغير ذلك مما يتعلق بانعقاد الوصية ونفاذها .

مادة — ٢٦ — ترفع دعوى الوقف ، والأستحقاق فيه بجميع أسـبابه ، ودعوى إثبات النظر عليه كذلك ، أو غير ذلك مما يتعلق بشؤون الوقف أمام المحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو أمام المحكمة التى بدائرتها محل إقامة المدعى عليه .

□□□

يقصد بدعوى الوقف كل دعوى تخص أصل الوقف من حيث صحته وشروطه وأنواعه والادعاء بالاستحقاق فيه .

---

(١١) طعن ١١ / ٤٢ ق س ٢٧ ص ٦٨٥ .

الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، فلا يملكها أحد من العباد . وناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض في القيام بمصالحه ، واستغلاله على أصلح وجه ، وأنه وحده – في نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف – الذي يمثل الوقف ومصلحة كل من أعيانه (١٢) .

ونظام الوقف من حيث ماهيته وكيانه وأركانه وشروطه والولاية عليه ، وناظره ومدى سلطات التحدث عنه ، والتصرف في شئونه ، وما إلى ذلك مما يخص نظام الوقف هو على حاله خاضع للشريعة الأسلامية . وقد قنن الشارع بعض أحكام الوقف بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأخيراً بالقانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ . فعلى المحاكم إعمال موجب ذلك عند الأقتضاء فيما يعترضها من مسائل . أما العلاقات الحقوقية بين الوقف والغير فهي خاضعة لأحكام القانون المدني (١٣) .

الأستحقاق في الوقف له معان ثلاث .

١ – ثبوت الحق .

٢ – حق التملك .

٣ – عين مايرد عليه الملك . أما إذا أطلق الأستحقاق فلا يراد منه إلا استحقاق غلة الوقف ومنافعه خاصة . وقد قضى بأن الأستحقاق في الوقت حتى أطلق فإنه ينصرف إلى استحقاق غلة الوقف ومنافعه ، ويستوى في ذلك أن يكون حصة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا أو منفعة (١٤) .

الأستحقاق في الوقف يؤول إلى المستحق عن الواقف ، والمستحق هو كل من شرط له الواقف نصيبا في الغلة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا .

إذا كان الأستحقاق في الوقف ثابتا يقينا بمقتضى كتاب الوقف الأصلي حسب إنشـائه وشروطه . وكان الإخراج من الأسـتحقاق بمقتضى إشهاد التغير ليس يقينا على أحسن الفروض ، فإنه لا يرفع به الثابت بيقين وهو الأستحقاق (١٥) .

المنازعة في الأستحقاق يرجع فيها إلى كتاب الوقف لبيان من هو المستحق ومقدار الإستحقاق . والمشرع إذ نص في المادة الثالثة من القانون ١٨٠ / ١٩٥٢ في شأن الغاء الوقف على غير الخيرات على « أن يصبح مـا ينتهي فيـه الوقف

(١٢) طعن ٤٣١ / ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٩٠٥ .
(١٣) طعن ٢٠٣ / ٤٤ ق س ٣٠ ص ٣٤١ عهدا .
(١٤) طعن ١٢ / ٢٧ ق س ١٠ ص ٢٨٤ .
(١٥) طعن ٤٨ / ٤١ ق س ١٧ / ٢٠٠ .

على الوجه المبين فى المادة الثانية ملكا للواقف إن كان حيا ، فإن لم يكن آلت إلى المستحقين الحاليين » فلا يمنع ذلك من النازعة أو التداعى بشأن هذا الأستحقاق ، سواء أكانت هذه المنازعة سابقة أو لا حقه لصدور القانون المشار إليه ، لأن المشـرع أورد هذا النص استصحابا لحال الوقف والمستحقين فيه وقت صدوره على افتراض خلو استحقاق المستحقين من المنازعة دون أن يحصر الأستحقاق فى هؤلاء المستحقين أو يمنع المنازعة أو التداعى مع أيهم فى شأنه (١٦) .

الحكم الصادر فى دعوى الأستحقاق ، أو فى تفسير شروط الواقف لايعتبر حجة إلا على من كان طرفا فى تلك الدعوى ذلك أن الأصل فى حجية الأحكام أنها نسبية لا يضار منها ولا يفيد غير الخصوم الذين كانوا طرفا فيها .

النظر على الوقف هو الولاية عليه ، وهى وصف – أى سلطان – يثبت لصاحبه بمقتضاه الحق فى وضع اليد على أعيانه والقيام على حفظها وتحصينها وإصلاحها وعمارتها ، والحق فى إيراداتها ، واستغلال أعيانه ، وتوزيع غلاته على مستحقيها ، والحق فى التعاقد نيابة عنه وتمثيله فيما يدعى له وعليه إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات التى ترسم حدودها وتعين أوضاعها الأحكام التى تخضع لها .

النظر على الوقف أو الولاية عليه نوعان :–

١ – ولاية عامة وهى التى تثبت للمحاكم ، وللقاضى من طريق الحكم والقضاء .

٢ – ولاية خاصة ، وهى ولاية الواقف ، وولاية المتولى الخاص سواء كانت مستمدة من الواقف أو القاضى أو من طريق آخر .

الأعمال التى يقوم بها ناظر الوقف ، ويباشرها بمقتضى ماله من الولاية على الوقف متعددة . فهو من ناحية أنه يعمل لتنفيذ شروط الواقف التى اشترطها فى وقفه وللمحافظة على بقاء وقفه واستمراره صلة أو صدقة جارية طبق إرادته ، يعتبر عاملا للوقف حتى وإن لم يعتبر نائبا عنه ، ولا مستمداً ولايته منه . ومن ناحية أخرى يعمل على حفظ أعيان الوقف ، وأنه هو الذى يمثله ، ويخاصم فيما يدعى لجهة الوقف ، فيعتبر عاملا للوقف نفسه ونائبا عنه بوصف كونه جهة مستقلة لها كيانها الخاص . ومن ناحية ثالثة فإنه يقوم باستثمار أعيان الوقف

---

(١٦) طعن ٤٦ / ٣١ ق س ١٤ ص ١٠٠٢ .

وجمع غلاته والمحافظة عليها ، وتوزيعها على مستحقيها طبقا لما يستحقون ولذا يعتبر عاملا للمستحقين ، فإن الغلات حق لهم ، وبمجرد ظهورهم تكون مملوكة لهم ، حتى قبل استيفائها فإذا استوفاها فهو إنما يستوفى مالهم الذى يكون أمـانة فى يده لهم . فأعمال ناظر الوقف بحسب طبيعتها ليست ذات جانب واحد ، وفيها مزيج من الأعتبارات تضفى عليها صبغة خاصة ، وتلتقى فيه مصالح الواقف والوقف والمستحقين (١٧) .

وهناك النظر على الحصة المفرزة فقد اختار المشرع القول بأنه إذا قسمت المحكمة الوقف ، أو كان لمستحق نصيب مفرز وجب إقامة كل مستحق ناظراً على حصته متى كان أهلا للنظر ، ولو خالف ذلك شرط الواقف . والمراد هنا أن النظر يكون على الحصة المفرزة .

الدعوى بإثبات النظر على الوقف أو على الحصة المفرزة هى دعوى أثبات الصفة ، سواء من عقد الوقف أو من حكم المحكمة بتعيين الناظر ، أو القسمة إلى حصة مفرزة ويجب إقامة المستحق ناظرا عليها . .

المادة ٢٦ لم تحدد المنازعات على سبيل الحصر ، وإنما أوردت دعوى الوقف ودعوى الإستحقاق فيه بجميع أسبابه ، ودعوى إثبات النظر عليه ثم أوردت عبارة عامة هى « أو غير ذلك مما يتعلق بشؤون الوقف » فكل دعوى تتعلق بشئون الوقف تدخل فى نطاق المادة المذكورة .

المحكمة المختصة هى :-

١ - المحكمة التى يقع بدائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة .

٢ - أو المحكمة التى يقع بدائرتها محل إقامة المدعى عليه .

والمدعى بالخيار بين أى من المحكمتين يرفع دعواه .

مادة - ٢٧ - التصرف فى الأوقاف من عزل وإقامة ناظر وضم ناظر إلى آخر واستبدال وإذن بعمارة أو تأخير أو استدانة أو بخصومة وغير ذلك مما يكون من خصائص هيئة تصرفات المحكمة التى يكون فى دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة أو أمام المحكمة التى بدائرتها محل توطن الناظر .

---

(١٧) قانون الوقف لفضيلة الشيخ محمد فرج اسنهورى ص ٩٠٦ .

المقصود بهيئة التصرفات .

هيئة التصرفات – أو محكمة التصرفات – هى المحكمة الشرعية الأبتدائية التى تكون فى دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو المحكمة الأبتدائية التى بدائرتها محل توطن ناظر الوقف ، وتنعقد المحكمة بهذه الصفة – هيئة تصرفات – وليس بصفتها محكمة قضائية ، ولذلك لا تعتبر هيئه التصرفات محاكم لأظهار الحقوق ، فهى لا تفصل فى خصومات عادية ، وإنما فى مسائل خاصة بشؤون الوقف ، وهى تنظرها فى مقر المحكمة الأبتدائية الشرعية ، أو بالجهة التى ترى الأنتقال إليها .

يشترط لاختصاص هيئة التصرفات بنظر الموارد التى تعرض عليها ، إلا يكون هناك نزاع جدى بشأنها بين الخصوم أنفسهم ، فإذا ثار نزاع جدى فليس من حق هيئه التصرفات إن تفصل فى هذا النزاع .لأنها لا تسمع دعاوى ولا تفصل فى خصومات ، ولكنها تفصل فى المنازعات التى تسبق عملها الولائى ، وتسمع إثبات الوقائع التى يتوقف عليها هذا العمل فمن حق هيئة التصرفات أن تفصل فى النزاع الذى يدور حول أهل الطبقة الثانية للواقف فى شأن القرابة منه ، وشأن الصلاحية للنظر ، لأن كلا منهما أمر يتوقف عليه قيام هيئة التصرفات بعملها الولائى ، وهو إقامة ناظر على الوقف أو عزل ناظر . وكذلك من حق هيئة التصرفات أن يقدم لها إثباتاً للقرابة أو إثباتاً للصلاحية فتنظر فيه ، باعتبار ذلك أمر يتوقف عليه قيامها بعملها .

. والقرارات التى تصدر من هيئة التصرفات نوعان :–

ا – قرارات نهائيه غير قابلة للأستئناف وهى :–

١ – الأذن بالخصومة فى مسائل الوقف .

٢ – طلب الأستدانه إذا كان المبلغ المطلوب اسـتدانته لا يزيد على ٢٠٠ جنـيه .

٣ – طلبات الأستدانه ، وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير ، والتأجير لمدة طويله ، وتغيير معالم العقار الموقوف .

يشترط لنهائية القرار بالنسبة لهذه التصرفات الأ تزيد قيمة العين الواقع عليها التصرف على مائتى جنيه .

ب - قرارات ابتدائية قابلة للاستئناف وهي :-

١ - عزل وإقامة ناظر أو ضم ناظر إلى آخر .

٢ - طلب الإستدانة إذا كان المبلغ المطلوب استدانته يزيد على مائتي جنيه مصري .

٣ - طلب الأذن بعمارة الوقف .

٤ - طلب بيع العقار الموقوف لسداد دين إذا كانت قيمة العقار تزيد على مائتي جنيه مصري .

٥ - طلبه تحكير العين الموقوفه أو تأجيرها - إذا كانت المدة طويله وكانت قيمة العين تزيد على مائتي جنيه مصري .

٦ - طلب تغيير معالم العين الموقوفه إذا كانت قيمتها تزيد على مائتي جنيه مصري .

٧ - طلب استبدال العين الموقوفه .

٨ - طلب الأذن بالخصومة في أمر يتعلق بشؤون الوقف .

عمل القاضي بالنسبة للتصرفات الواردة بالمادة ٢٧ لا يكون حكما ، ولا يسمى قضاء إلا تجوزا وأن مايقرره في خصوصها لا يعتبر حكما بل هو أثبات أو تصرف وقد قضى بأن التصرف في الأوقات بالاستبدال أو بغيره مماهو منصوص عليه في المادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعتبر من قبل القضاء الفعلي ، وهو أقرب إلى العمل الولائي منه إلى العمل القضائي ، يباشرة القاضي بماله من الولاية العامة وبصفته ولي من لا ولي له ، ويحل فيه محل صاحبه الأصلي عند عدم وجوده ، وهو الواقف ، وفعله وتصرفه لا يكون حكما ولايسمى قضاء إلاتجوزا . وقد نص الفقهاء على أن ما يباشره القاضي من التصرفات - هيئه التصرفات بالحكمة - مقيد بالمصلحة ويدور معها من حيث الصحة والبطلان . كما نصوا على أن للقاضي بصفته القضائية - المحكمة القضائية - الذى يرفع إليه هذا التصرف بدعوى مبتدأة أن ينظر فيه وأن يبطله أو يلغيه إذا لم يجد خيرا فيه (١٨) .

ولاية أجارة الوقف تكون للناظرعليه الذى يتولى إدارته، ولا يملكها المستحق ولو انحصر فيه الأستحقاق الإباذن من القاضي أو الناظركما أنه لايجوز للناظر أن يستأجر الوقف لأنه يكون فيحكم المستأجر من نفسه فيقع العقد باطلاً (١٩)

---

(١٨) طعن ٤ / ٣٥ ق س ١٩ ص ٧٧٤ .

(١٩) طعن ٢٨٥ / ٣٨ ق س ٢٤ ص ٣٥٨ .

هيئة التصرفات يمتنع عليها إعادة النظر فيما نظرت فيه هيئة تصرفات أخرى ، وقد كانت المادة ٢٩ من القانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ قبل الغائها بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ تنص على أنه متى نظر شيء مما ذكر لدى من له حق النظر فيه فليس لغيره نظره . غير إن هذا النص لا يتعارض مع ماللمحكمة القضائية من ولاية النظر في دعوى إبطال تصرف أصدرته هيئة التصرفات (٢٠) .

التصرفات في الأوقاف تختص بها هيئة تصرفات المحكمة التي يقع في دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر قيمة ، أو هيئة تصرفات المحكمة التي يقع بدائرتها محل توطن الناظر .

أوردت المادة ٢٧ بعض التصرفات على سبيل المثال منها .

١ — عزل وإقامة الناظر وضم ناظر إلى آخر .

محكمة التصرفات هي صاحبة الولاية في أمر ناظر الوقف ، ولذلك يعرض عليها أمر عزل ناظر الوقف في مادة مستقله ، دون حاجة إلى أن تكون هناك مادة أخرى غير العزل ، وقد جرى العرف القضائي تبعا لعرف المتأخرين من فقهاء الحنفية على أن المراد بعزل الناظر رفع الضرر من بقائه إما بالاخراج أو بالضم أو بإذن شريكه بالانفراد بالنظر .

والعزل من النظر قديكون عزلا من النظر على الوقف كله أو على حصة منه عزلا كاملاً دائماً ، أو عزلاً مؤقتا أو جزئيا .

وقد يكون العزل بناء على طلب هيئة تصرفات المحكمة بشرط ألا يؤخذ الناظر على غرة ، ولا يفاجأ بقرار في موضوع العزل قبل أن يبدى دفاعه . وقد يكون العزل بناء على طلب أصحاب الشأن في الوقف .

وتملك هيئة التصرفات إقامة ناظر إقامة دائمة أو لفترة خاصة . كما تملك ضم ناظر إلى آخر، ولها أن تأذن بالانفراد في النظر أو الضم إلى الناظر السابق .

إقامة الناظر المؤقت يجب أن يكون على جميع الوقف لا على بعضه ، والاتكون إقامته دائمة بل تكون مؤقته بالفصل النهائي في أمر العزل . والإقامة المؤقتة نوع من أنواع العزل للناظر الذى اقيم معه ناظرا مؤقتا .

إذا كان النظر ثابتا للناظر بمقتضى شرط الواقف ، فــلا يجوز للناظر أن

---

(٢٠) طعن ٩ / ٣٥ ق س ١٧ ص ١٣٠٩ .

يلجأ إلى هيئة التصرفات فيما يتعلق بشؤون الوقف ، وإنما يلجأ إلى المحكمة القضائية المختصة ، لأن الحق فى النظر ثابت له ، فإذا احتاج الدعوى بشأنه أو بشــأن من شئون الوقف كان عليه أن يلجأ إلى المحاكم القضائية . هذا بخــلاف ما إذا أراد شخص المطالبة بإقامته ناظراً على الوقف لخلوه من الناظر وعدم ظهور ولاية لأحد على الوقف بشرط الواقف ففي هذه الحالة تكون مطالبته أمام هيئة التصرفات .

٢ — الإستبدال من التصرفات التى تختص هيئة تصرفات المحكمة بنظرها وقد جرى عرف الموثقين على أن الأستبدال هو شراء عين بمال الوقف لتكون وقفــاً

الأصل أن الإستبدال من حق هيئة التصرفات ، أو من حق الواقف ، وليس لغيرهما هذا الحق ، وإن شرط الواقف غير ذلك كان شرطه باطلا .

إذا لم يكن الواقف قد شرط الأستبدال لنفسه ، فإنه لايملكه ، ولا يملك بعد تمام الوقف اشتراطه لنفسه .

المنازعة فى الأشهاد على الأستبدال تخرج من اختصاص هيئة التصرفات لأن سماع الأشهاد يكون لرئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاه أو الموثقين

٣ — الإذن بعمارة الوقف يدخل فى اختصاص هيئة تصرفات المحكمة وعمارة الأعيان الموقوفة هى إصلاح فاسدها ومتخربها ، وصيانة عامرها وحفظه من أن يلحقه الخراب ، ومنعه من التغير عن الحال التى وقف عليها ، وزيادة ما يحتاج إليه فى استغلالها الغلة التى تطلب من مثلها أو مافيه مستزاد فى غلاتها . والعمارة واجبة سواء شرطها الواقف أو لم يشترطها ، لأنها إذا لم تكن مشروطة نصا فهى مشروطة أقتضاء .

الإذن بتأجير أعيان الوقف أو جزء منها من اختصاص هيئه تصرفات المحكمة .

٤ — والإذن بالاستدانه من التصرفات التى تدخل فى اختصاص هيئة تصرفات المحكمة . والاستدانة متوقفة على إذن هيئة التصرفات . وهى منحصرة فى الأستقراض ، وفى الشراء بالنسيئة إذا لم يكن للوقف غلة واحتاج إلى ما لابد منه .

٥ — والأذن بالخصومة من التصرفات التى تختص بها هيئة تصرفات المحكمة فلا يجوز لناظر الوقف ، أن يخاصم عن الوقف أو يُخاصم عنه إلا بإذن هيئة تصرفات المحكمة .

والتصرفات غير ماتقدم وتختص بالوقف لا يجوز للناظر مباشرتها إلا بعد الرجوع إلى هيئة التصرفات التى تختص بالأجراءات والتدابير المتعلقة بالتصرف فى الوقف والولاية عليه وفرز الأنصبة الثابتة أصلا ومقداراً ، إلاأنه لا يتأدى من ذلك أنه كلما أثير نزاع بشأن أصل الأستحقاق أو مقداره امتنع على هيئة التصرفات تقدير ما إذا كان هذا النزاع جديا فيستلزم الوقف أو غير جدى فتغض النظر عنه وتستمر فى نظر المادة المطروحة عليها (٢١) .

الأذن بالخصومة المرفوعة من الوقف أو عليه يكون من اختصاص هيئة التصرفات

قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف وفرز حصة الخيرات الشائعة (راجع القانون ٥٥/٦٠ ، ٤١ / ٩٦٩) .

لجنة القسمة :-

قسمة أعيان الوقف التى أنتهى فيها الوقف طبقا لأحكام القانون رقم ١٨٠ / ١٩٥٢ تكون بناء على طلب يقدم من أحد ذوى الشأن إلى وزارة الأوقاف . كما تتولى هذه الوزارة فى حالة القسمة فرز حصة الخيرات الشائعة فى تلك الأعيان الموقوفة والمطلوب قسمتها . وتجرى القسمة فى جميع الأنصبة فى أعيان الوقف ولو كان طالب القسمة واحداً من ذوى الشأن فيها .

وتختص بأجراءات القسمة لجنة يصدر بتشكيلها وبمكان انعقادها قرار من وزير الأوقاف (٢٢) .

طلب القسمة : - يقدم هذا الطلب ذو الشأن أو أحدهم مبينا فيه اسم الوقف والأعيان المطلوب قسمتها ، واسم حارس الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه . وأسماء الشركاء ومحلات إقامتهم ، ومقدار حصة طالب القسمة . ويرفق بطلب القسمة المستندات المؤيدة للطلب .

يحدد رئيس اللجنة جلسة لنظر الطلب فى ميعاد لايجاوز اسبوعين من تاريخ تقديمه . ويأمر الرئيس بإرسال صورة من الطلب وتاريخ الجلسة التى حددت لنظره إلى الحارس والشركاء بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . أما الشركاء

---

(٢١) طعن ١٢ / ٢٨ ق س ١١ ص ٤١٢ .

(٢٢) تشكيل لجنة القسمة :- مستشار مجلس الدولة رئيسا يندبه رئيس مجلس الدولة وقاضى يندبه وزير العدل واثنين من موظفى وزارة الأوقاف احدهما من ادارة الشؤون القانونية ، وخبير من ادارة الخبراء بوزارة العدل لاتقل درجته عن الرابعة .

غير المعروف محل إقامتهم فيكتفى بالنسبة لهم بـإعلان ينشر فى أحـدى الصحف اليومية قبل الجلسة ، ويشمل الإعلان اسم الوقف والجلسة المحددة لنظر الطلب أمام لجنة القسمة .

وتختص اللجنة **أولا** بفحص الطلبات المقدمة للتأكد من صفة مقدم الطلب والوقف المراد قسمة أعيانه . **ثانيا** تحقيق جديه الطلب لبيان ماإذا كانت أعيان الوقف قد أنتهى فيها الوقف طبقا المرسـوم بقانون رقم ١٨٠ / ١٩٥٢ من عدمه ، وحصة الأوقاف الخيرية والأصلية فيه . واللجنة فى هذه الحالة أن تكلف حارس الوقف أو من يتولى ادارة أعيانه أن يقدم جميع الأشهادات الصادرة بالوقف والمتضمنة الزيادة فيه . والأستبدال منه ، والأحكام الصادرة فى شأنه ، وبيان أعيان الوقف ومقرها ، والمنازعات القائمة فيه ، وبياناً بمستحقى الوقف ومحل إقامة كل منهم ونصيبه فى تاريخ ١٩٥٢/٩/١٤ . وتحدد اللجنة ميعادا لتقديم هذه الطلبات ، فإذا لم يقدم فى الميعاد المحدد تحكم اللجنة على الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه – أيهما تخلف عن عدم تقديم ماطلبته اللجنة – بغرامة لاتزيد على مائة جنيه ، ويجوز لها أن تحكم بإقالة الحارس أو المدير وإقامة حارس مؤقت يتولى إدارة الوقف الى أن تتم اجراءات القسمة والحكم الذى يصدر يكون نافذا فى الحالتين ، ويجوز للجنة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا لديها . ويعاقب بنفس العقوبة من يدلى من الحراس أو المديرين ببيانات غير صحيحة أمام اللجنة – مع عدم الأخـلال بأى عقوبة آخـرى ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخـر (٢٣) .

لكل ذى شأن أن يطلع على الأوراق المقدمة إلى اللجنة ، وأن يطلب صورا منها مطابقة للأصل بعد سداد الرسوم التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الأوقاف بحيث لايتجاوز خمسين قرشا عن كل ورقة .

نظر طلب القسمة أمام اللجنة .

يتعين إعلان ذوى الشأن بخطاب موصى عليه يه بعلم الوصول أو بطريق النشر فى أحدى الصحف اليومية ويعتد فى صفة المستحق ونصيبه فى الأستحقاق بما جرى عليه عمل وزارة الأوقاف أو الحراس أو المديرين فيما تحت يدهم من أعيان ، مع مراعاة حكم المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٨ – والتى يجرى

(٢٣) تنفذ الغرامة بالطريق الأدارى .

نصها بأن « يصبح ماينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له حق الرجوع فيه ، فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الأستحقاق ، وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الأستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الأستحقاق » .

« فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبـــات (٢٤) .

ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ بأحكام (٢٥) الوقف إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هى القيمة الإيجابية حسبما هى مقدرة (٢٦) بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ / ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى » .

يجب على الجنة مراعاة حكم المادة السابقة مالم يكن قد صدر حكم نهائى فى الأستحقاق فيتعين التزام حجيته ، ومراعاة ما جاء به من أحكام بالنسبة للأستحقاق .

إذا خلا القانون ١٩٦٠/٥٥ الخاص بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف من حكم خاص بالقسمه تعين على لجنه القسمة أن تتبع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما تراعى الأحكام المقررة فى شأن القسمة فى القانون المدنى والقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ .

إذا احتاج المال الشائع تقويمـا ، أو احتاج تقسيمه إلــى حصص - أن كان

---

(٢٤) الفقرة الثـانية مضافة بالقـــانون ١٩٥٢/٣٤٢ وكـــان نصهـــا « ويتتبع فـــى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فـى المواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ من القانون ٤٨ / ١٩٤٦ سالف الذكر.

(٢٥) المادة ٤١ ق ١٩٤٦/٤٨ « إذا شرط الواقف فى وقفـه خيرات أو مـــرتبات دائمـــة معينة المقدار أو فى حكم المعينه وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصــة تضمن غلتها مـــا لأرباب هـــذه المرتبات بـعـد تقديرها طبقا للمواد ٣٦، ٣٧ ، ٣٨ على أساس متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية . وتكون لهم غـلة هـــذه الحصة مهما طـرأ عليها مـــن زيادة أو نقص » .

(٢٦) التقدير هنا يقصد به كل مـــا يـــرد على القيمة الإيجابية مـــن زيـــادة بالقـــوانين اللاحقه للقانون ١٩٥٢/١٧٨ الخاص بالاصلاح الزراعى .

مما يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته - أحد رجال الخبرة القيام بذلك ، كان للجنة إن تندب من تراه للقيام بتقويم هذا المال أو قسمته حصصا . فإذا كان الخصوم قد اتفقوا على خبير بعينه تعين على اللجنة أن تلتزم ما أتفقوا عليه .

إذا كانت أعيان الوقف - بحالتها - كلها أو بعضها لا تقبل القسمة بغير ضرر أو يتعذر قسمتها بسبب ضآلة الأنصباء كان على اللجنة أن تبيع هذه الأعيان بالمزاد العلنى طبقا للقرار الذى يصدر من وزير الأوقاف فى هذه الشأن

إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن الوفاء بالثمن كان للجنة القسمة سلطة إلزامه بفرق الثمن من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ الوفاء به - إن وجد فرق - ولا يكون له حق فى هذه الزيادة ، وإنما تكون من حق الشركاء . ويكون قرار اللجنة فى هـــذه الحالة نهائيا وتقوم اللجنة بتوزيع الثمن بين ذوى الشأن كل بقدر حصته .

أما إذا كانت العقار المطلوب قسمتها عبارة عن منشآت مقامه على أرض محكرة ، ووافقت وزارة الأوقاف على أنهاء الحكر ، فتقوم اللجنة ببيع الأرض بما عليها من منشآت وتوزع الثمن بين كل من الواقف مالك الرقبة - لأن الأرض محكرة - وأصحاب المنشآت طبقا للمادة الثانية من القانون رقم ٩٢ / ١٩٦٠ باعادة تنظيم إنهاء الحكر على الأعيان الموقوفة . ويتعين على اللجنة أن تراعى تقدير ثمن المنشآت والأرض كل على حدة - بمعرفة أهل الخبرة - ليجرى البيع على أساس هذا التقدير .

إذا فرض أن الثمن الراسى به المزاد للعقار المحكر بما عليه من منشآت زاد أو نقص عن التقدير الذى وصلت إليه اللجنة قبل البيع وزع الفرق - زيادة أو نقصا - بين المنشآت والأرض بنسبة الثمن الأساسى الذى قدر لكل منهما .

ويجوز للجنة أن تقسط ٦٠ ٪ من الثمن الراسى به المزاد على خمسة أقساط سنوية متساوية مع الريع بواقع ٣ ٪ وفى هذه الحالة يكون للوزارة حق امتياز البائع على العقار حتى تمام السداد .

فإذا نازع أصحاب المنشآت فى ملكية الأرض أودع الثمن خزانه وزارة الأوقاف بأمر من لجنة القسمة حتى يفصل فى النزاع قضائيا . أما إذا كان الحكر لم ينته بعد فتتبع فى شأن قسمة العقارات المقامة على الأرض المحكرة حكم الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون ٥٥ / ١٩٦٠ والسالف بيانها .

إذا قامت منازعة جدية حول صفة طالب القسمة كمستحق فى الوقف فإن انكـر عليه ذلك أحد الخصوم ولم يقدم مايدل على صفته أمرت اللجنة برفض طلبه . غير أنه يجـوز لمن رفض طلبه أن يجدده إذا قدم من الأوراق مايكفى لتأييد حقه – أى أثبات صفته فى الأستحقاق ، بشرط أن يكون هذا التجديد قبل حصول القسمة . كما أن لمن رفض طلبه أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة لأثبات صفته فى الأستحقاق .

أما إذا قامت منازعة جدية حول مقدار مايستحقه الطالب فإن اللجنة تمضى فى الأجراءات إذا رأت أن مآل هذه الأجراءات ينتهى إلى بيع أعيان الوقف لعدم أمكان قسمتها . أما إذا كانت أعيان الوقف تقبل القسمة عينا فتقرر اللجنة السير فى أجراءات القسمة ، ويكون تقدير حصة الطالب – محل المنازعة – على أساس ماتراه اللجنة ظاهرا من الأوراق .

إذا كان حق طالب القسمة خاليا من النزاع – سواء فى صفته كمستحق أو فى مقدار استحقاقه – وإنما يدور نزاع حول حصة غيره من المستحقين ، فإن اللجنة تمضى فى إجراءات القسمة وللمتضرر أن يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة

غيبة أحد الشركاء أو نقص أهليته – أمام لجنة القسمة

إذا كان بين الشـركاء غائب ، أوكان من بينهـم من لم تتوافر فيه الأهلية كان على لجنة القســمة أن تحيل الأوراق بعـد الأنتهاء من تقـويم المال وقسـمته إلى حصص ، إلى لجنة الأعتراضـات للتصديق على ما تم من اجــراءات .

قرارات لجنة القسمة .

تعتبر القرارات النهائية الصادرة من لجان القسمة بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين أصحاب الشأن ، وتشهر هذه القرارات فى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بناء على طلب وزارة الأوقاف أو أحد ذوى الشأن . وتعلن هذه القرارات لذى الشأن بخطاب موصى عليه بعلم الوصول ، وإذا كان من الشركاء من هو غير معلوم له محل إقامة يكتفى بإعلان ينشر فى إحدى الصحف اليومية ويكون لكل من المتقاسمين إن ينفذ بنصيبه على الأعيان التى قسمت تحت يد أى من الحراس أو المديرين أو الشركاء استيفاء لحقة . وللوزارة أن ترجع على كل مستحق بما يخصه من رسوم الشهر .

لجنة الاعتراضات : –

يتم تشكيل لجنة لنظر الأعتراضات على قرارات لجان القسمة وتسمى « لجنة الأعتراضات » ويصدر بتشكيلها قرار من وزير الأوقاف برئاسة مستشار من محكمة أستئناف القاهرة ينديه وزير العدل ، ومستشار مساعد من مجلس الدولة ينديه رئيس المجلس ، ومن خبير من وزارة العدل واثنين من موظفى وزارة الأوقاف على إلا تقل درجتهم جميعا عن الدرجة الأولى .

اختصاص لجنة الأعتراضات .

تختص لجنة الأعتراضات بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن في الوقف من أوجه الأعتراض على الحكم الصادر من لجنة القسمة سواء كان الأعتراض متعلقا بتقدير أنصبة المستحقين ، أو بتقويم أعيان الوقف ، أو غير ذلك مما يتعلق بشئون قسمة الأعيان الموقوفة . كما تختص هذه اللجنة بالتصديق على الأجراءات إذا كان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية ، أو ناقصها .

والأعتراض لايجوز رفعه أمام لجنة الأعتراضات الا بعد أنتهاء لجنة القسمة من عملها .

رفع الأعتراض :–

يرفع الأعتراض بعريضة تقدم لوزارة الأوقاف مقابل أيصال بالاستلام . أو بإرسال العريضة إليها بخطاب موصى عليه بعلم الوصول .

ميعاد الأعتراض :–

يرفع الأعتراض على حكم لجنة القسمة خلال أسبوعين من تاريخ الأخطار بالقرار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول لمن هو معلوم محل الإقامة . أما الغير معلوم محل إقامته فيكتفى فى شأنه بإعلان ينشر فى أحدى الصحف اليومية يذكر فيه اسم الوقف والقرارات الصادرة من لجنة القسمة . ويعتبر تاريخ وصول الأخطار أو تاريخ النشر بدأ لميعاد الأعتراض .

يكون الأعتراض لكل خصم فى دعوى القسمة .

استئناف قرارات لجنة القسمة (٢٧)

---

(٢٧) لجنتا القسمة والأعتراضات بوزارة الأوقاف والمشار إليهما بالقانون رقم ٥٥ / ١٩٦٠ هما هيئتان اداريتان ذات اختصاص قضائى ، وكان ما أوردته المادة ١٣ من هذا القانون خروجا على الأصل العام – من اختصاص محكمة الأستئناف بنظر الطعون فى القرارات النهائية الصادرة من لجنة القسمة قاصرا على تلك التى ترفع من أطراف القسمة وليس الطاعن من بينهم . وكان طلب الطاعن بطلان قرارى لجنتى القسمة والأعتراضات لمخالفتهما القانون هو فى حقيقته طلب واحد وارد على قرار لجنة القسمة الذى أصبح نهائيا برفض الأعتراض المقام عليه ، فإن الأختصاص بنظر هذا الطلب يكون لمحكمة القضاء الأدارى وحدهما . طعن ٨٠ / ٥١ ق ج ١٩/١٢/١٩٨٥ .

القرارات النهائية الصادرة من لجان القسمة تقبل الطعن عليها بالأستئناف في الحالات الآتية :-

١ - إذا كان القرار مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله .

٢ - إذا وقع بطلان في القرار .

٣ - إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في القرار

رفع الطعن وميعاده .

يرفع الطعن إلي محكمة الأستئناف بعريضة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان القرار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول ، أو من تاريخ النشر عنه في إحدى الصحف اليومية .

أثر الطعن :-

لا يترتب على رفع الطعن وقف تنفيذ حكم القسمة ، إلا أن المشرع استثنى من هذه القاعدة حالة ما إذا كان الحكم صادرا بتوزيع ثمن الأعيان الموقوفة على المستحقين ، فإنه يترتب على الطعن وقف تنفيذ حكم القسمة حتى يفصل في موضوع الطعن المرفوع عنه .

الحكم الصادر من محكمة الأستئناف .

يكون الحكم الصادر من محكمة الأستئناف نهائيا غير قابل للطعن عليه أمام أية جهة قضائية .

هذا ويلاحظ أن المشرع أجاز لكل ذى شأن لم يختصم في إجراءات القسمة أن يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة . ولا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ حكم القسمة إلى إن يصدر حكم يخالفه من المحكمة المختصة ويسرى هذا الحكم على من لم يعلن من الخصوم أمام اللجنة بسبب عدم معرفة محل إقامته .

مادة - ٢٨ - الأذن بالخصومة في غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاه الجزئيين في دوائر اختصاصهم ، كذا تزويج من لاولى له من الأيتام وغيرهم .

□□□

الأذن بالخصومة – فى غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية – قصد به الحصول على إذن برفع الدعوى أو بتلقيها – فى مسائل الأحوال الشخصية الأخرى حالة كون رافع الدعوى أو المرفوعة عليه غير كامل الأهلية ، وإن من يباشر الدعوى ليست له صفة فى مباشرتها ولذلك يتطلب الأمر الحصول على إذن بالخصومة .

يصدر الإذن بناء على طلب يقدم لرئيس المحكمة الأبتدائية المختصة أو القاضى الجزئى المختص الذى يصدر أمره بالإذن أو برفضه على الطلب .

تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم . وتزويج من عضل الولى تزويجه يكون بطلب يقدم للقاضى الجزئى المختص .

الكتاب الرابع

فى الإعلانات وقيد الدعوى ، وتقديم المستندات
والمرافعة والأدلة
والأحكام وطرق الطعن فيها

الغى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية نصوص المواد من ٣٢ إلى ٥١ فى شأن الإعلانات على وجه العموم وإعلانات الدعاوى . ونصت المادة الخامسة من القانون المذكور على أن « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها ، بما مؤاه أن الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمحاكم الملية التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أو كانت واردة بها ثم الغيت بالقانون سالف الذكر - تخضع لأحكام قانون المرافعات ، الأمر الذى يتيمين معه عرض مواد قانون المرافعات المقابلة لما الغى من لائحة ترتب المحاكم الشرعية بالقانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ .

الباب الأول
فى الإعلانات وقيد الدعوى وتقديم المستندات

الفصل الأول
فى الإعلانات على وجه العموم

كانت المواد من ٣٢ إلى ٤٧ من اللائحة تحكم إجراءات الإعلان على وجه العموم إلا أنها الغيت بنص المادة الثالثة عشر من القانون رقم ٩٥٥/٤٦٢ وحلت محلها مواد قانون المرافعات من المادة الأولى إلى المادة ٢٩ المقابلة لها ، وهذه المواد هى :-

مادة – ١ . تسرى قوانين المرافعات على مالم يكن فصل فيه من الدعاوى ، أو مالم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، ويستثنى من ذلك :–

١ – القوانين المعدلة للأختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد أقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢ – القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣ –القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق .

الأصل فى قوانين المرافعات أنها تسرى بأثر مباشر فور العمل بها على الدعاوى التى تكون قد رفعت من قبل ومازالت متداولة أمام المحاكم ، وذلك بالنسبة لما لم يتم أتخاذه فيها من إجراءات . أما الإجراءات التى تكون قد اتخذت قبل العمل بالقانون الجديد فإنها تظل صحيحة حتى ولو كانت على خلاف ماأتى به القانون الجديد من أحكام . وقد استثنى نص المادة الأولى من قانون المرافعات بعض القوانين فلم يخضعها لهذا الأصل ، وجعلها تسرى بأثر رجعى على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم بشرط إلا يعمل بهذه القوانين المستثناه – من الأصل – إذا كان باب المرافعة قد قفل فى الدعوى قبل العمل بالقانون الجديد .

وبالنسبة للقوانين المستثناه من الأصل فقد قضت محكمة النقض أن المقصود بالقوانين المعدلة للأختصاص فى معنى المادة الأولى من قانون المرافعات هى تلك التى تغير الولاية القضائية أو الأختصاص النوعى أو القيمى أو المحلى دون القوانين التى تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء فإن هذا الإلغاء يحدث أثره حتما بمجرد نفاذ القانون مالم ينص القانون على غير ذلك (١) كما قضت بأنه متى كان الحكم وهو بسبيل تعرف اختصاص محكمة ما بإصدار أحكام فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية قد طبق فى تحديد قواعد الأختصاص القواعد القانونية التى كان معمولا بها وقت صدور تلك الأحكام بصفة نهائية فإنه لا يكون قد أخطأ فى القانون بعدم تطبيق المادة الأولى من القانون الجديد (٢) .

---

(١) طعن ١٠٣ / ٤٠ ق س ٢٧ ص ١٥٩٤ .

(٢) طعن ٣١١ / ٣٥ ق س ٢٠ ص ١١٨١ .

وقضى بأن المشرع إذا استثنى من القاعدة التى أوردها فى صدر المادة الأولى من قانون المرافعات القائم والتى تقضى بسريان قوانين المرافعات على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى ، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، إذ استثنى من هذه القاعدة القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها ، فإنما قصد بهذا الأستثناء القوانين التى تعدل ميعاداً كان منصوصا عليه فى قانون سابق من قوانين الإجراءات ، أما مالم يكن منصوصاً عليه من المواعيد فإنه لايسرى عليه هذا الأستثناء (٣) كما قضى بإن المقصود بالقوانين المعدلة للمواعيد التى نص على استثنائها من أثر سريان قوانين المرافعات على مالم يكن فصل فيه من الدعاوى أو مالم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها تلك التى تعدل الميعاد فقط دون القوانين التى تستحدث إجراءات جديدة أو آثاراً جديدة عند فوات الميعاد أو عند احترامه (٤) .

وقضى بأن القوانين المنظمة لاصول التداعى والترافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذوالتحفظ هى فى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع ، فإن أحكامها تكون واجبة التطبيق بأثر فورى (٥) .

مادة – ٢ « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به ، يبقى صحيحا مالم ينص على غير ذلك »

ولا يجرى مايستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها .

□□□ .

القاعدة أن كل إجراء تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يظل صحيحا ، مالم ينص القانون على غير ذلك وقد قضى بأن الدعاوى التى تم الفصل فيها والإجراءات التى تمت قبل العمل بالقانون الجديد لاتخضع لأحكامه ، وإنما تسرى عليها أحكام القانون القديم ، حتى ولو لم يكن الحكم فيها نهائيا وطعن فيه بالاستئناف فى ظل القانون الجديد (٦) .

---

(٣) طعن ٤٢٩/٣٤ ق س ١٩ ص ١٠٠٩ .
(٤) طعن ٤٢٨ / ٤٧ ق س ٣١ ص ٤٦١ .
(٥) طعن ٣٤٥ / ٤٢ ق س ٢٧ ص ٤١٥ .
(٦) طعن ٧٣٠ / ٤٠ ق س ٢٨ ص ١٦٠ .

مادة – ٣ – لايقبل أى طلب أو دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الأحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زول دليله عند النزاع فيه .

□□□

المقرر أنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة . والمصلحة هى مناط الدعوى .

والمصلحة هى الفائدة العلمية التى تعود على رافع الدعوى من الحكم له . وحيث لاتعود مصلحة من رفع الدعوى على رافعها فلا تقبل دعواه ، حتى لايشغل القضاء بدعاوى لافائدة عملية منها ، وقد قضى بأن المصلحة المباشرة هى مناط الدعوى بحيث لو تخلفت كانت الدعوى غير مقبولة (٧) .

والبحث فى توافر المصلحة فى رافع الدعوى ، وعدم توافرها يرجع فيه إلى كتب المرافعات . وقد قضى بأنه يلزم فى الدعوى أن يكون لرافعها صفة فى رفعها ، وإن تكون له مصلحة فى ذلك . فالدعوى التى ترفعها الزوجة حال حياة زوجها لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده لأنه قصد به الخروج عن أحكام الميراث لاتكون مقبولة ، إذ الصفة والمصلحة لا تتحققان لها فى رفع هذه الدعوى مادام زوجها حيا . والقول بأن القانون يجيز لكل ذى شأن أن يتمسك ببطلان العقد بطلانا أصليا لايصدق على هذه الحالة ، لأن التمسك بالبطلان لا يكون إلا بعد رفع الدعوى فمن تتحقق فيه الصفة والمصلحة من رفعها ، كأن يكون له حق حال تقتضى المحافظة عليه إبطال العقد ، فيطلب إبطاله ولو لم يكن طرفا فيه (٨) كما قضى بأنه مالم يدع الوارث حقا حالا يقتضى الدفاع عنه إبطال إقرار صادر من مورثه ، فإن دعواه ببطلان هذا الإقرار تكون غير مقبولة لانتفاء المصلحة . مثال ذلك الدعوى التى يرفعها الوارث بطلب إبطال إقرار مورثه بملكيه الغير لمال لايدعى الوارث أنه ملك للمورث (٩) .

لم يحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها ، وإنما اشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون ، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان

(٧) طعن ١٥ / ٣٦ ق . س ١٧ ص ١٣٠٩ .
(٨) طعن ٥٣ / ٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٨ .
(٩) طعن ١٦/٩٠ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/١١ .

الغرض من الطلب الأحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . (١٠) .

المصلحة فى الدعوى لا تهدف إلى حماية الحق واقتضائه فحسب ، وإنما قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعى لحقه بحيث لايلزم أن يكون له حق ثابت وقع عليه العدوان حتى تقبل دعواه بل يكفى حتى تكون الدعوى جديرة بالعرض أمام القضاء أن يكون ادعاؤه مما يحميه القانون ، وتعود عليه الفائدة من رفع الدعوى به .

قد تكون المصلحة محتملة ، ويكفى لقبول الدعوى ، إذا كان الغرض من الدعوى أحد أمرين الأول الأحتياط لدفع ضرر محدق . والثانى الأستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع (١١) .

المصلحة فى الطعن بالنقض يكفى لتحقيقها ، قيامها وقت صدور الحكم ، ولا عبرة لزوالها من بعد (١٢) .

المصلحة النظرية البحتة لاتكفى أساساً للطعن بالنقض متى كان الطاعن لايحقق أى نفع من ورائها ، فلا يقبل الطعن على حكم صدر وفق طلبات الطاعن بدعوى تعديل بعض الأسباب التى لم تصادف هوى فى نفسه ، إلا أن شرط القول بعدم توافر المصلحة المؤدية إلى عدم جواز الطعن ، وجوب أن يكون الحكم محققاً لمقصود الطاعن ، ومتمشيا مع المركز القانونى الذى يدعيه بما يترتب عليه من آثار بحيث لايكون من شأنه أنشاء التزامات جديدة أو الأبقاء على التزامات يريد التحلل منها أو حرمانه من حق يدعيه سواء وردت هذه القيود فى منطوق الحكم أو أسبابه طالما كانت هذه الأسباب هى جوهر القضاء ولبه ، ولايستقيم الحكم بغيرها وتعتبر بهذه المثابة مكملة للمنطوق (١٣) .

الدفع فى اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه ، يقصد به دفع الخصومة عنه ، أو ابطال دعـوى المدعى ، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع فى الدعوى ، ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع .

---

(١٠) طعن ٤٠/٢٤٦ ق س ٢٧ ص ٥١ .
(١١) طعن ٤٦/١٣٥ ق س ٣٠ ع ١ ص ٣٨١ .
(١٢) طعن ٤٨/٦٤٣ ق س ٣٠ ع ٢ ص ٢٥٣ .
(١٣) طعن ٤٦/١١ ق س ٣٠ ع ١ ص ٢٤٧ .

دفع الدعوى صحيح ، وكذا دفع الدفع وما زاد عليه يصح . والدفع كما يصح قبل إقامة البينة يصح بعدها .

الدفع من غير المدعى عليه لا يصح إلا إذا كان أحد الورثة . (١٥)

الدفع كالدعوى تجرى عليه أحكام الإثبات

مادة — ٤ — إذا كان القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية يحدد للخصم ميعادا لاتخاذ صفة ، كان له أن يطلب تأجيل الدعوى حتى ينقضى هذا الميعاد دون إخلال بحقه فى إبدأ مالديه من دفوع بعد أنتهاء الأجل .

□□□

هذه المادة كفلت حق من يختصم فى الإفادة من الميعاد المحدد فى قانون الأحوال الشخصية الواجب التطبيق لاتخاذ صفة .

مادة — ٥ — إذا نص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراءات يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله .

□□□

الميعاد الحتمى هو الذى يترتب على عدم مراعاته واحترامه السقوط أو البطلان . هذا الميعاد رتب المشرع جزاء على عدم احترامه .

مادة — ٦ — كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ، ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها ، وكل هذا مالم ينص القانون على خلاف ذلك .

ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم فى القيام بوظائفهم .

---

(١٥) الاشباه والنظائر

مادة – ٧ لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولابعد الساعة الخامسة مساء ، ولا فى أيام العطلة الرسمية ، إلا فى حالة الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية .

□□□

مادة – ٨ إذا تراءى للمحضر وجه فى الأمتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فورا على قاضى الأمور الوقتية ليأمر بعد سماع طالب الإعلان بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يرى إدخاله عليها من تغيير ، وللطالب إن يتظلم من هذا الأمر إلى المحكمة الأبتدائية فى غرفة المشورة لتفصل نهائيا فى التظلم بعد سماع المحضر والطالب .

□□□

مادة – ٩ يجب أن تشتمل الأوراق التى يقوم المحضرون بإعلانها على البيانات الآتية :–

١ – تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان .

٢ – اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وأسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه إن كان يعمل لغيره .

٣ – أسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها .

٤ – أسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الأعلام فآخر موطن كان له .

٥ – أسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل بالأستلام .

٦ – توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة .

مادة – ١٠ تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون .

وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار .

□□□

مادة –١١ إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة ، وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال .

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة إن يوجه للمعلن إليه فى موطنه الأصلى أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه بأن الصورة سلمت لجهة الادارة .

ويجب على المحضر أن يبن ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وصورته .

ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا .

□□□

مـــادة – ١٢ إذا أوجب القـــانون على الخصـــم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصـــا أو غير صحيح جاز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها فى الموطن المختـــار .

وإذا ألغى الخصم موطنه الأصلى أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه ،

وتسلم الصورة عند الاقتضـــاء إلى جهة الأدارة طبقا للمادة السابقة .

□□□

مادة - ١٣ فيما عدا ما نص عليه فى قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتى : -

١ -

٢ -

٦ - ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بوساطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة .

٧ - مايتعلق بالمسجونين يسلم لمأمور السجن .

٨ - مايتعلق ببحارة السفن التجارية أو بالعاملين فيها يسلم للربان .

٩ - ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم فى الخارج يسلم للنيابة العامة، وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصليها بالطرق الدبلماسية ، ويجوز أيضاً فى هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد إعلانه كى يتولى توصليها إليه

١٠ – إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية العربية المتحدة أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة .

وفى جميع الحالات إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه أو امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع على أصلها بالاستلام أو عن استلام الصورة أثبت المحضر ذلك فى حينه فى الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة .

□□□

مادة – ١٤ تحكم المحكمة بغرامة لاتقل عن خمسة جنيهات ولاتجاوز عشرين جنيها على طالب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه .

□□□

مادة – ١٥ إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراءات ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للمعياد ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراءات فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من المعياد .

وينقضى المعياد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء .

وإذا كان المعياد مقدرا بالساعات كان حساب الساعة التى يبدأ منها والساعة التى يقضى بها على الوجه المتقدم .

وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى مالم ينص القانون على غير ذلك .

مادة — ١٦ إذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكـــان الذى يجب الانتقـــال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من اللكســـور على الثلاثين كيلو متـــرا يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المســـافة أربعة أيام .

ويكون معياد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود .

□□□

مادة — ١٧ معيادالمسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوماً .

ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا المعياد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة .

ولا يعمل بهذا المعياد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها ، إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين المعياد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج .

□□□

مادة — ١٨ إذا صادف آخر المعياد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها .

مادة – ١٩ يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٢.

□□□

مادة – ٢٠ يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء.

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

□□□

مادة – ٢١ لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته.

ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام.

□□□

مادة – ٢٢ يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام.

□□□

مادة – ٢٣ يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه. ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

مادة – ٢٤ إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر ، فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذى توفرت عناصره .

وإذا كان الإجراء باطلا فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل . .

ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبينة عليه .

□□□

مادة – ٢٥ يجب أن يحضر مع القاضى فى الجلسات وفى جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه القاضى والإكان العمل باطلا

□□□

مادة – ٢٦ لا يجوز للمحضرين ولا للكتبة ولا لغيرهم من أعوان القضاء أن يباشروا عملا يدخل فى حدود وظائفهم فى الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة ، وإلا كان هذا العمل باطلا .

□□□

مادة – ٢٧ قاضى الأمور الوقتية فى المحكمة الأبتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضائها وفى محكمة المواد الجزئية هو قاضيها .

□□□

أوراق المحضرين .

بينت المادة التاسعة من قانون المرافعات البيانات التى يجب أن تتضمنها أوراق المحضرين . وتختلف هذه البيانات باختلاف نوع الورقة والغرض المقصود منها ، ولكن هناك من البيانات مايلزم توافرها فى جميع الأوراق المعلنة . ومن هذه البيانات ما هو جوهرى ، وما هو غير جوهرى . والبيانات الأولى يجب توافرها

لتحقيق مصلحة عامة ، أو لتكون الورقة كفيلة بتأدية الغرض منها . أما البيانات الثانية فقد قصد المشرع من وجودها تنظيم الإجراءات ، لضمان حسن سيرها دون أن تكون لازمة لتحقيق الغرض المقصود من إعلان الورقة « غير أن القانون لم يحدد ما يعتبر من البيانات جوهريا ومالا يعتبر كذلك »

وقد وردت هذه البيانات على النحو الثانى .

١ — التاريخ الذى يحصل فيه الإعلان . ويعتبر هذا التاريخ جوهريا . يتحدد به ماإذا كان الإعلان قد حصل فى الميعاد المناسب من عدمه ، وهل أعلن فى يوم عطلة رسمية أو فى ساعة يمنع القانون الإعلان فيها أذ نصت المادة السابعة من قانون المرافعات على أنه لايجوز إجراء أى أعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء ، ولا فى أيام العطلة الرسمية إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية « وقد قضى بإنه لا يجدى الطاعن التحدى بعدم ذكر المحضر ساعة تمام الإعلان فى الورقة طالما أنه لم يدع حصوله فى ساعه لا يجوز إجراؤه فيها . (١٤) .

معرفة ما إذا كان المدعى عليه قد أعطى الميعاد القانونى للحضور أمام المحكمة فقد نصت المادة ٥٢/لائحة على أن « ميعاد الحضور يكون على الأقل ثلاثة أيام فى القضايا الجزئية وستة أيام فى القضايا الكلية وفى القضايا المستأنفة وذلك غير يوم تسليم الصورة ويوم الحضور . ويجوز تنقيص الميعاد فى حالة الضرورة بأمر من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة » .

الغرض من بيان تاريخ الإعلان هو معرفة الوقت الذى تبدأ فيه الآثار إلى رتبها القانون على إعلان الورقة والمواعيد التى تسرى من وقت الإعلان .

٢ — البيانات المتعلقة بطالب الإعلان وهى اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، وأسم من يمثله ولقبه ومهنته وموطنه إذا كان يعمل نائباً عنه وقد قصد المشرع من هذه البيانات وقوف المعلن إليه على شخصية طالب الإعلان .

٣ — البيانات المتعلقة بالمحضر مباشر الإعلان وهى أسمه والمحكمة التى يعمل بها حتى يمكن إثبات أن الشخص الذى قام بالإعلان هو المحضر وأنه يعمل فى حدود اختصاصه . وإغفال هذا البيان يعرض الورقة للبطلان

---

(١٤) طعن ١٠٦٠/٤٥ ق س ٣٢ ص ٥٧٩ .

الغرض من بيان أسم المحضر والمحكمة التى يعمل بهاهو التحقق من أن للشخص الذى قام بإعلان الورقة صفة فى مباشرة هذا العمل فى حدود اختصاصه . وقد قضى بإن مفاد المادتين ٩، ١٩ من قانون الترافعات أن خلو صورة أعلان أوراق المحضرين من بيان تاريخ وقت حصول الإعلان وأسم المحضر الذى باشر الاعلان وتوقيعه والمحكمة التى يتبعها واسم من سلمت إليه الصورة وصفته يترتب عليه بطلان الاعلان ولو كانت ورقة أصل الاعلان مستوفية لهذه البيانات ، وإن حضور المعلن إليه بالجلسة لا يزيل هذا البطلان ولاتتحقق به الغاية من استلزام توافر هذه البيانات (١٤) .

٤ — البيانات المتعلقة بالمدعى عليه ، وهى اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوما وقت الإعلان فآخر موطن كان له حتى يتمكن المحضر من العثور عليه أو التأكد من شخصه .

٥ — البيانات المتعلقة بمن سلمت إليه صورة الإعلان – وهى اسمه والصفة التى تبيح له استلام صورة الورقة ، وتوقيعه على أصلها أو أثبات امتناعه عن الاستلام أو عن التوقيع وسببه . وقضى بأنه لا ينال من صحة الإعلان عدم بيان اسم وصفة من سلمت إليه صورة الإعلان من رجال الأدارة لأن المشرع قد دل بمانوه عنه فى المادة ١١ من قانون المرافعات من الأكتفاء باخبار المعلن إليه بتسليم الصورة لجهة الأدارة ، على أنه يعتمد فى صحة الاعلان فى هذه الحالة بوصوله لجهة الادارة دون ما نظر الى اسم مستلم صورته أو صفته من رجال الأدارة . (١٥) وقضى بأن المحضر إذا انتقل إلى موطن المراد إعلامه وأثبت فى محضره أنه سلم صورة الأعلان إلى شخص معين وذكر أنه يقيم مع المراد إعلانه لغيابه دون أن يبين فى محضره صفة الشخص فى تسلم الإعلان فإن هذا الإعلان يكون باطلا .

٦ — البيانات الخاصة بتوقيع المحضر .

يجب على المحضر أن يوقع على أصل الصورة المعلنة ، وعلى الصورة أيضاً . لأن عدم توقيعه يعدم الورقة ذاتيتها . وقد قضى بإن إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان يعدم ذاتيتها كورقة رسمية ، فيكون البطلان الناشىء عنه متعلقا بالنظام العام ، فلا يسقط بالحضور ، ولا بالنزول عنه ، وإنما يكون للخصم إن يحضر الجلسة ، وأن يتمسك به (١٦) .

---

(١٤) طعن ٥٨٤/ ٤٤ ق س ٢٨ ص ٥٨١ .
(١٥) طعن ١٠٦٠/٤٥ ق س ٣٢ ص ٥٨١ .
(١٦) طعن ٢٢٣٢/٥٢ ق ح ١٩٨٦/٣/٢٧ .

توقيع المحضر على الورقة المعلنه هو الذى يكسب الأصل والصورة صفتها الرسمية ، ولذلك أوجب الشارع توقيعه على أصل الإعلان وصورته .

الأصل فى اعلان أوراق المحضرين أن يصل إلى علم المعلن إليه علما يقينيا بتسليم الصورة إلى ذات الشخص المراد إعلانه ، إلا أن المشرع اكتفى أيضا بالعلم الإفتراضى متى سلمت الورقة المراد إعلانها لصاحب صفة فى تسلم الإعلان غير الشخص المراد إعلانه . كما اكتفى المشرع فى بعض الحالات بالعلم الحكمى إذا سلمت الصورة المراد إعلانها للنيابة العامة حال جهل موطن الشخص المراد إعلانه ، وذلك لحكمة تسوغ الخروج على هذا الأصل ، وشرع لذلك ضمانات معينة لتحقق العلم بالإعلان ، بحيث يتعين الرجوع إلى الأصل إذا انتفت الحكمة أو أهدرت دلالة الضمانات (١٧) .

بين قانون المرافعات فى المادة العاشرة كيفية إعلان الشخص المراد إعلانه ، فأجاز للمحضر أن يعلنه بالورقة مع شخصه فى أى مكان يجده فيه ، وفى هذه الحالة يجب أن يتضمن أصل الورقة توقيع المعلن إليه ، وإلاكان الإعلان باطلا . كما يجوز للمحضر إعلان الورقة فى موطن الشخص المراد إعلانه إن كان موجودا وقت الإعلان ، أو تسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته ، أو أنه من الساكنين معه من الأزواج أو الأقارب والأصهار . والمحضر ليس مكلفا بالتحقيق من صفة من تسلم الإعلان منه مادام هذا الشخص قد خوطب فى موطن المراد إعلانه (١٨) . ومقتضى ذلك أن الإعلان يصح لوكيل الشخص ولو تعلقت الورقة بموضوع يجاوز نطاق وكالته .

يشمل تعبير « من يعمل فى خدمة الشخص » تابعه الذى يعمل لحسابه بأجر أياً كان نوع العمل الذى يؤديه ، إذ العبرة بتوافر رابطة التبعية بين متسلم الإعلان والمعلن إليه ، لا بنوع الخدمة التى يؤديها التابع .

وقد قضى بأنه إذا كانت المادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ تقضى باتباع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، وذلك فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقواعد الأخرى المكملة لها ، وكانت المادة ١٣ منه قد الغت المواد من ٤٨ إلى ٦٢

---

(١٧) طعن ٤٧/٢٣ ق س ٣٠ ص ٢٧٤ .

(١٨) طعن ٤٢/٢٧٠ ق س ٢٩ ص ١٩١ .

فيما عدا المادة ٥٢ من اللائحة المشار إليها – وهى الخاصة برفع الدعاوى وقيدها أمام محاكم الدرجة الأولى . فإن قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية تكون هى الواجبه التطبيق ومن بينها المادة العاشرة التى تقضى بأن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه (١٩) .

بينت المادة الحادية عشر من قانون المرافعات الحالات التى تسلم فيها الورقة المعلنة لجهة الأدارة . وقد أصبح تسليم الصورة لهذه الجهة واجبا فى أربع حالات هى : –

١ – عدم وجود موطن للمعلن إليه أو أحد ممن يصح تسليم الصورة إليهم فى موطنه طبقا للمادة العاشرة .

٢ – حالة امتناع من وجده المحضر – من المذكورين فى المادة العاشرة عند الأستلام .

٣ – حالة امتناع المعلن إليه شخصيا عند الأستلام .

٤ – حالة امتناع المعلن إليه ، أو من وجده المحضر فى موطنه ممن يصح تسليم الورقة إليهم عن التوقيع على الأصل بما يفيد الأستلام .

ويجب أن ينتقل المحضر إلى محل المراد إعلانه . وقد قضى بأنه متى كان المحضر إذ سلم صورة الإعلان إلى الضابط المندوب بالقسم لم يثبت فى محضره أنه انتقل فعلاً إلى محل المعلن إليه وقت انتقاله هـذا ، وأنه وجد هذا المحل مغلقا ، وكان هذا البيان لازما لصحة الإعلان – إذ بدونه لايمكن التحقق من أن المحضر قد انتقل فعلا إلى محل المراد إعلانه وشاهد بنفسه المحل مغلقا – فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا (٢٠) .

الإعلان فى النيابة – يجب أن تسبقه تحريات .

إعلان الأوراق القضائية فى النيابة العامة بدلا من إعلانها لشخص المراد إعلانه أو فى محل إقامته – إنما أجازه القانون على سبيل الأستثناء ولا يصح اللجوء إليه إلا إذا قام المعلن بالتحريات الكافية للتقصى عن محل إقامة المعلن اليه وتقدير كفاية التحريات التى تسبق الاعلان للنيابة العامة موضوعى يرجع إلى ظروف كل واقعة على حدتها ، وتستقل محكمة الموضوع بتقديره دون ما رقابة عليها من محكمة النقض مادام قضاؤها قائما على أسباب سائغة .

---

(١٩) طعن ٤٥/١٠ ق س ٢٨ ص ٤٣٠ .

(٢٠) طعن ٢١١٢٦٠ ق س ٥ ص ٢٧٣ .

الإعلان فى النيابة العامة يصح فى كل حالة تكشف ظروفها عن أنه لم يكن فى وسع طالب الإعلان بذل مزيد من الجهد فى التحرى .

إذا خلت أوراق الدعوى مما يمكن الاستدلال منه على أنه لو بذل طالب الإعلان جهدا فى سبيل الأهتداء إلى الموطن الجديد للمعلن إليه لتوصل إلى معرفته ، واستطاع إعلانه فيه فيما بقى من الميعاد المحدد للإعلان ، فإن الحكم إذا اعتد بالإعلان واعتبره صحيحاً لا يكون قد جاوز السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بما لامعقب عليها فيه من محكمة النقض لتعلقة بأمر موضوعى (٢١) .

بالنسبة لأفراد القوات المسلحة ينبغى أن يسلم إعلانهم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية بالقوات المسلحة ، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان الإعلان متى كان الخصم على علم بصفتهم هذه ، وإلا صح إعلانهم طبقا للقواعد العامة (٢٢) .

وقضى بأن اكتساب أحد من طرفى الخصومة صفة من الصفات المبينة بالفقرات ٦ ، ٧ ، ٨ من المادة ١٣ من قانون المرافعات التى توجب إجراء الإعلان على وجه مخالف للأصل فى أعلان أوراق المرافعات ، يتعين أن يكون معلوماً لدى خصمه علما يقينيا وقت مباشرة الإعلان حتى يلتزم الطريق المخصص له ، وإلا حق اتباع القواعد الأصلية فى الإعلان ، وهى أن تسلم الورقة إلى شخص المعلن إليه أو فى موطنه (٢٣) .

ميعاد المسافة

النص فى المادة السادسة عشر من قانون المرافعات يدل على أن ميعاد المسافة يمتد إذا اقتضى الحضور أو مباشرة الإجراء الذى حدده القانون انتقال الشخص من مكان إلى آخر . وقد قضى بأن للطاعن أن يضيف إلى الميعاد المحدد للطعن ميعاد مسافة بين موطنه وبين مقر المحكمة التى يودع بقلم كتابهاصحيفة الطعن ، ويجب لإضافة ميعاد المسافة ان تكون المسافة ٥٠ كيلو متراً على الاقل ، فإن قلت عن هذا فلا يضاف أى ميعاد مسافة وعلى أى حال لا

(٢١) طعن ٥١/٢١٧ ق س ٣٣ ص ١٤٣ .
(٢٢) طعن ٤٤/٨٩٧ ق س ٢٩ ص ٤٨٤ .
(٢٣) طعن ٩١٣ / ٤٤ ق س ٢٩ ص ٧٥٩ .

يزيد ميعاد المسافة – باستثناء مناطق الحدود – عن أربعة أيام ، فإذا تعلق الأمر بمعياد يتعلق بالنظام العام – كميعاد الطعن فى الحكم – فإنه يجب على المحكمة مراعاة ميعاد المسافة من تلقاء نفسها إذ هو جزء من الميعاد .

ميعاد المسافة يطبق على الخصوم ، ومن ينوب عنهم من المحضرين وغيرهم وقد قضى بأن مجــرد أتخاذ محل مختار لايسلب الأصيل حقه فى ميعاد المســافة (٢٤) كما قضى بأن ميعاد المسافة يجب أضافته للميعاد الأصلى دون فاصل بينهما لأن ميعاد المسافة هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياها ميعاداً واحداً متواصل الأيام ، فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط عطلة تســتمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلا مباشرة بأيام أصل الميعــاد . وإذا خالف الحكم هذا النظر بأن مد ميعاد الاستئناف إلى يوم من أيام العمل بعد عطلة عيد الأضحى ثم أضاف بعد ذلك ميعاد المســافة فإنه يكون قدْ أخطأ فى تطبيق القــانون (٢٥) .

تحسب المسافة بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه . ويضاف يوما واحداً لكل مسافه مقدارها خمسون كيلومترا وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلوا مترا يزاد له يوم واحـد على الميعلد بشـرط إلا يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام .

ميعاد المسافة بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود هو خمسة عشر يوما بصرف النظر عن بعد هذا الموطن بالكيلومترات . وقد خلت نصوص قانون المرافعات من بيان المقصود بمناطق الحدود فى نطاق تطبيقه ، ولــذا يتعين الأستهداء بقواعد القانون الدولى ، والحكمة التى تغياها المشرع من إضافة ميعاد المسافة وتفاوت مدده ، وعلى هدى ذلك تكون مناطق الحدود هى المناطق النائية التى تقع بالقرب من الحدود السياسية بين جمهورية مصر العربية والدول المجاورة لها ولا تربطها بالمدن الرئسية بالجمهورية وسائل مواصلات منتظمة وذلك بصرف النظر عن مدى بعدها بالكيلومترات (٢٦) .

---

(٢٤) مجموعة عمر جزء ٢ ص ٢٢٤ .
(٢٥) طعن ٤١/١٧٤ ق س ٢٧ ص ١٣٧٩ .
(٢٦) طعن ٤٦/٨٤٤ ق س ٣١ ص ١٤٢٠ .

إعلان الأوراق للشخص الذى له موطن معلوم فى الخارج

الأصل فى إعلان الأوراق القضائية إن تصل الورقة إلى علم المعلن إليه علما يقينيا بتسليم الصورة لنفس الشخص المعلن إليه . واكتفى المشرع فى بعض الحالات بالعلم الظنى ، وذلك بإعلان المعلن إليـه فى موطنه . كما اكتفى فى بعض الحالات بالعلم الحكمى لأسباب تسوغ الخروج على هذا الأصل ، ومن هذه الحالات إعلان المقيم خارج البلاد فى موطن معلوم اكتفى المشرع بالعلم الحكمى بتسليم الصورة للنيابة فى إعلان صحف الدعاوى أو الطعون استثناء من ذلك الأصل ، إلا أن المشرع لم يعمل هذا الأستثناء على اطلاقه فى حالة المقيم فى الخارج ، فاستبعد العلم الحكمى فى الصورة التى تبدأ فيها مواعيد الطعن فى الأحكام من تاريخ إعلان الحكم فنص فى المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أن ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ، ولم يقدم مذكرة بدفاعه وعلى أن يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى ممالا يتأتى معه القول بأن مواعيد الطعن فى هذه الحالة تجرى من تاريخ تسليم الصورة للنيابة متى كان للمعلن إليه موطن معلوم فى الخارج (٢٧) .

ميعاد المسافة لمن موطنه فى الخارج

جعل المشرعاميعاد المسافة لمن يقيم خارج البلاد ستين يوما . والأستفاده من هذا الميعاد شرطها أن يكون المعلن إليه مقيما خارج جمهورية مصر العربية ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الشخص مقيما فى البلاد التى لها حدود مع مصر أو تقع بعيدا عن حدودها .

هذا ويلاحظ أن الشخص المقيم خارج الجمهورية إذا تواجد بها وقت الإعلان وسلمت له الورقة مع شخصه ، فإن ميعاد المسافة لايسرى فى حقه لأنتفاء العله من قيامه .

إنقاص ميعاد المسافة أو مده

أجـــاز المشرع بأمر من قاضى الأمور الوقتية إنقـــاص ميعاد المسافة إذا

(٢٧) طعن ٩٣١/٤٧ ق س ٣٣ ص ٩٥ .

اقضت ظروف الدعـوى ذلك بأن كان هناك ظرف الأستعجال قائمـــا وملحاً أو كـــانت المواصلات من السهولة بحيث يجـوز إعلان المعلن قبل فوات ميعاد المسافة .

كما أنه يجوز – أثناء نظر الدعوى – لكل من قاضي الأمور الوقتية أو قاضي الموضوع إن يأمر بمد المواعيد العادية ، أو باعتبارها ممتده بشرط الإيجاوز الميعاد – في الحالين – الميعاد الــذى كان يستحقه لو أعلن في موطنه في الخارج ، بشرط إن يكون هناك مبرريقتضى ذلك .

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته ، وليس متعلقا بالنظام العام ، ولذلك يتعين على الخصم الذى شرع البطلان لمصلحته أن يتمسك به قبل التعرض للموضوع ، والإسقط حقه في إبدائه عملا بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات .

بطلان إعلان تعجيل الخصومة بعد انقطاعها حتى تستأنف الدعوى سيرها ، هو بطلان نسبي قرره القانون لمن شرع الأنقطاع لحمايتهم ، وهؤلاء وحدهم لهم التمسك بهذا البطلان ، فإذا كان في الدعوى خصوم غيرهم تم إعلانهم بتعجيل السير في الدعوى فلا يجوز لهم أن يتمسكوا بهذا البطلان .

رفـــع الدعوى

الدعوى هى السلطة المخولة لكل شخص ، له حق يعترف القانون بوجوده ، فى أن يطلب حماية القضاء ، لإقرار هذا الحق أو جحده ، أو رد الأعتداء عنه أو استرداده إذا سلب . والخصومة هى مجموع الإجراءات التى يلتجىء عن طريقها صاحب الحق أو مدعيه إلى القضاء لمباشرة الدعوى (١) . وقيل الخصومة يقصد بها مجموعة الأعمال التى ترمى إلى تطبيق القانون فى حالة معينة بواسطة القضـــاء ، فهى أداة تطبيق القانون بواسطة القضـــاء . والقضية هى الطلبات الموضوعية التى يراد بالخصومة عرضها على القاضى وتحقيقها والفصل فيها (٢) .

والدعوى عند الشرعين قـول يقصد به قائله إيجاب حق لنفسه على غيره مطلقا ، سواء كان ذلك حال المنازعة أو حال المسالمة (٣) وعرفها صاحب قرة عيون الأخيار بأنها قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه .

والخصومة هى مجموعة الإجراءات التى تتخذ أمام القضاء بصدد الدعوى بغية الفصـل فى موضوعها . أما القضية فهي الحادثة التى يقع فـيها التخاصم ، والخصومة لا تنشأ إلا بافتتاح المدعى الإجراءات القضائية ، ودعوة المدعى عليه إلى مجلس القضاء .

وترفع الدعوى طبقا لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات بصحيفة تودع قلم الكتاب ما لم ينص القانون على غير ذلك . وصحيفة أفتتاح الدعوى هى الأساس الذى تقـوم عليه كل إجراءاتها (٤) . وقد اعتبر المشـــرع الدعوى مرفوعة من يوم إيداع الصـــحيفة قلم الكتـــاب ، ورتب عليه بدء الخصـــومة بين المدعى والمـــدعى عليه وقد قضى بأن الخصـــومة فى الدعـــوى تبدأ بايداع صحيفة

---

(١) قواعد المرافعات للعشماوى ص ٥٥٤ .

(٢) الوسيط فى القضاء المدنى للدكتور فتحى والى ص ٢٤٣ طبق سنة ١٩٨٠ .

(٣) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية .

(٤) طعن ٤٨/١١٥ ق س ٢٤ ص ٧٤٨ .

افتتاحها قلم كتاب المحكمة طبقا للمادة ٦٣ من قانون المرافعات (٥) كما قضى بأنه يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم الكتاب ضد الخصم المعنى بالخصومة وهو ما يترتب عليه - كأثر اجرائى - بدء الخصومة (٦) .

انعقاد الخصومة

جرى قضاء النقض على أن رفع الدعوى ، وابتداء الخصومة بين طرفيها يكون بإيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم الكتاب إلا أن انعقاد الخصومة بين الطرفين لايتم إلا بإعلان صحيفة .أفتتاح الدعوى للخصم المعنى بالخصومة ، وهذا الإعلان إجراء لأزم لأنعقاد الخصومة لأن الإعلان بصحيفة افتتاح الدعوى - إعمالاً لمبدأ المواجهة - يرمى إلى ايصال واقعة معينة إلى علم المعلن إليه ، وإذا تطلبه القانون ، فإنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لهذا العلم ، بمعنى أنه لايجوز - عند عدم القيام به أو تعييبه -- الأستعاضه عنه أو تكملته بالعلم الفعلى للواقعة ، كما لايصححه ابداء المدعى لطلباته شفاهة فى الجلسة ، وتمسك المدعى عليه بالخصومة . كما أن الخصومة رغم أنها تقوم بإيداع صحيفة افتتاحها قلم الكتاب طبقا للمادة ٦٣ من قانون المرافعات إلا أنها لاتكون صالحة لأن يباشر فيها أى إجراء من جانب القضاء وأعوانه قبل انعقادها ، وإن تم شيء من ذلك كان العمل منعدما مما لايجوز النزول عنه ويترتب على ذلك أنه لما كانت الصحفية باطلة لعدم إعلانها أصلا فإن الخصومة لا تنعقد بها أصلا ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية (٧) . ولا وجه للقول بأن المدعى عليه حضر أمام محكمة أول درجة وترافع فى الدعوى بما يفيد تنازله عن هذا البطلان . كما قضى بأن صحيفة افتتاح الدعوى هى اساس الخصومة وتقوم عليها كل إجراءاتها فإذا حكم ببطلانها ، فإنه ينبغى على ذلك الغاء جميع الإجراءات اللاحقه لها وزوال جميع الآثار التى ترتبت عليها ، ، وكان القانون قد اعتبر الدعوى مرفوعة إلى المحكمة بإيداع صحفيتها قلم الكتاب - وفقا لما نصت عليها المادة ١/٦٣ من قانون المرافعات - إلا أنه

---

(٥) طعن ٤٨/٦٣٩ ق ج ١٩٨٢/١/٢١

(٦) طعن ٥٠/٧٣١ ق س ٣٢ ص ١٣٨٢ ج ٢

(٧) طعن ٤٩/١٢٨٢ ق س ٣٢ ص ١٥٢٠ .

قرن ذلك باستلزام إعلان الصحيفة إلى المدعى عليه فى موعد حدده فى المادة ٧٠ من ذات القانون بثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم كتاب المحكمة ورتب على عدم الإعلان اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، و لما كانت محكمة الأستئناف قد حكمت ببطلان الحكم الأبتدائى تأسيسا على ما تمسك به الطاعن من عدم إعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى ، وكان يترتب على عدم إعلان الصحيفة عدم انعقاد الخصومة ، فإن مؤدى القضاء ببطلان تلك الصحيفة والحكم المبنى عليها ألا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ، ومن ثم فما كان يسوغ لمحكمة الأستئناف أن تمضى بعد ذلك فى نظر الموضوع ، بل كان يتعين عليها أن تقف عند حد القضاء بالبطلان فإن هى جاوزت ذلك وقضت فى الموضوع فإن قضاءها يكون وارداً على غير خصومة منعقدة وفقا للقانون الذى يعتبر التقاضى على درجتين ، وهو من المبادىء الأساسيه التى يقوم عليها النظام القضائى لايجوز للمحكمة مخالفته (٨) .

وقضى بإن إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إلى المدعى عليه إجراء لأزم لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، ويكون وجود الخصومة الذى بدأ بإيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم الكتاب معلقا على إعلانها إلى المدعى عليه إعلانا صحيحا ، فإن تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الأبتدائى زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية ، ذلك أن الخصومة إنما وجدت لتسير حتى تتحقق الغاية منها بالفصل فى الدعوى (٩) كما قضى بأن عدم تحقق إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إلى المدعى عليه يترتب عليه بطلان الخصومة ، وهو بطلان لايصححه حضور المطلوب إعلانه إذ جرى قضاء النقض على أن البطلان الذى يزول بحضور المعلن إليه إنما هو بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة .(١٠) .

---

(٨) طعن ٤١٩/٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٠٩ .
(٩) طعن ٤١٩/٤٢ ق س ٢٨ ص ١٣١٣ .
(١٠) طعن ٤٦١/٤١ ق س ٢٨ ص ١٥٠١ .

بيانات صحيفة الدعوى

يجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية :

١ — تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان ، وذلك لمعرفة الوقت الذى تبدأ فيه الآثار التى رتبها القانون على إعلان صحيفة الدعوى ، كتحديد التاريخ الذى يبدأ منه سريان المواعيد ، ومعرفة ما إذا كانت قد أعلنت فى وقت يجوز فيه الإعلان ، أو معرفة ما إذا كانت الصحيفة قد أعلنت قبل فوات الأجل المحدد لرفع الدعوى . وقد قضى بأن مفاد نص المادتين ٩ ، ١٩ من قانون المرافعات أن المشرع أوجب أن تشتمل أوراق إعلان صحف الدعاوى والأستئنافات على بيان خاص بتحديد تاريخ وقت الإعلان وبيان أسم المحضر الذى باشر الإعلان والمحكمة التى يتبعها على كل من أصل الإعلان وصورته ، ورتب البطلان على عدم مراعاة ذلك (١١) .

٢ — اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وأسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه . وذلك حتى يمكن تحديد شخصية المدعى . وهذه البيانات يكمل بعضها بعضاً ، والنقص أو الخطأ فى أحد هذه البيانات لايؤدى إلى بطلان الصحيفة مادام ليس من شأن هذه النقص أو الخطأ التجهيل بشخص المدعى .

إذا كان المدعى يعمل لغيره باعتباره وكيلا عنه وجب أن تشتمل الورقة البيانات المحددة لشخصية هذا النائب وصفته .

أوجبت المادتين ١٢ ، ١٣ من القانون ١١٩ / ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية . وقد قصد بهذاالإجراء رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم . وهذا الإجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهمالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم استئذان محكمة الأحوال الشخصية فى رفع الدعوى (١٢) .

٣ — أسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها

عدم بيان أسم المحضر فى أصل الإعلان وصورته يترتب عليه البطلان (١٣)

---

(١١) طعن ٥٢/٣٩٥ ق س ٣٤ ص ١٠٨٩ .
(١٢) طعن ٣٩/٥٣٧ ق س ٢٧ ص ٤٧١ .
(١٣) طعن ٥٢/٣٩٥ ق س ٣٤ ص ١٠٨٩ .

لأن المشرع أوجب فى المادة التاسعة أن تشتمل الأوراق التى يقوم المحضرون بأعلانها ومنها صحف الدعاوى والأستئنافات - على بيانات جوهرية منها بيان أسم المحضر الذى باشر الإعلان وتوقيعه على كل من الأصل والصورة والإ كان الإجراء باطلا (١٤) .

٤ - أسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن موطنه معلوما فآخر موطن كان له .

وتجب ملاحظة أن الأصل فى الخصومة أن تقوم بين طرفيها من الأحياء فلا تنعقد أصلا إلا بين الأشخاص موجودين على قيد الحياة ، وإلا كانت معدومة لا ترتب أثرا ، ولا يصححها إجراء لاحق . فعلى من يريد عقد الخصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغيير فى الصفة قبل اختصاصهم (١٥) .

الدفع المتعلق بانعقاد الخصومة بين أطرافها الواجب اختصامهم قانونا لايعتبر من الدفوع التى تسقط بعدم إبدائها قبل التكلم فى الموضوع (١٦) .

قضى بأن المادة ١٣ من قانون المرافعات توجب أتباع إجراءات معينه فى تسليم صورة الإعلانات إلى بعض الهيئات والأشخاص منهم أفراد القوات المسلحة ، والأصل فى أعلان أوراق المرافعات طبقا للمادة العاشرة من ذات القانون أن يتم تسلميها إلى شخص المعلن إليه أو فى موطنه . واكتساب أحد طرفى الخصومة صفة من الصفات المبينة بالفقرات ٦ ، ٧ ، ٨ من المادة ١٣ سالفة الذكر التى توجب إجراء الإعلان على وجه مخالف لهذا الأصل يتعين أن يكون معلوما لدى خصمه علما يقينيا ، وقت مباشرة الإعلان حتى يلتزم الطريق المخصص له ، وإلا حق أتباع القواعد الأصلية فى الإعلان ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن أعلن بصحيفة افتتاح الدعوى فى موطنه بصفته طبيبا ، وقد حضر بناء على هذا الإعلان وأبدى دفاعه أمام محكمة أول درجة دون أن يوجه أى مطاعن لأجراء الإعلان فى موطنه بالصفة المبينة بالورقة ، وكون الطاعن لم يقدم ما يدل على اشتمال ملف الدعوى على مايثبت صفته كأحد أفراد القوات المسلحة ، فإن النعى ببطلان أعلان صحيفة الأستئناف لعدم أتباع

---

(١٤) طعن ٣٢ / ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٣٦٥ .
(١٥) طعن ٢٢ / ٤٧ ق س ٣٢ ص ١٩٢ .
(١٦) « ٤٧٤ / ٣٨ ق س ٢٦ ص ٥٨٦ .

القواعد المقررة لإعلانه طبقا للفقرة السادسة من المادة ١٣ من قانون المرافعات وبطلان الحكم تبعا لذلك يكون على غير اساس (١٧) .

يتعين على المحضــر إذا انتقل إلى موطن المراد إعـــلانه ، وأثبت فى محضـــره أنه سلم صـــورة الإعلان إلى شـــخص معين وذكر أنه يقيم مع المراد إعـــلانه لغيابه أن يبن فى محضـــره صفة هذا الشـــخص فى تسلم الإعـلان ، فإذا لم يبن فى المحضـــر صفة هذا الشـــخص ، فـإن الإعلان يكون باطلـــا (١٨) .

إن ما يثبته المحضر بورقة الإعلان مـن إجراءات قـام بها بنفسه أو وقعت تحت بصره تكتسب صفة الرسمية ، فـلا يجوز أثبات عكسها الإ بالطعن عليها بالتزوير (١٩) .

٥ — تاريخ تقديم الصحيفة

هذا البيان أصبحت له اهمية بعد أن جعل المشرع رفع الدعوى من تاريخ إيداع صحيفتها قلم الكتاب ورتب على ذلك آثارا عديدة تسمى بآثار المطالبة القضائية من بدء الخصومة واعتبار الحق المطالب به متنازعا فيه ، وتحديد الوقت الذى ينظر فيه إلى ولاية واختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، ونشأة الخصومة بين أطراف معينين ، كما يترتب على رفع الدعوى التزام خاسرها بالمصروفات ، وأن آثار الحكم ترجع إلى وقت المطالبه القضائية (٢٠) .

٦ — المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى

يتعين أن تتضمن الصحيفة بيان المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، ولا يكفى فى بيانها مجرد القول « المحكمة المختصة » لأن تحديد المحكمة المختصة قد يكون محل بحث واجتهاد قانونى ويجب أن يذكر أسم المحكمة على وجه التحديد ، وبشكل لايدع مجالا للشك فيها .

٧ — بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها لأن الغـــرض من هذا الموطن المختار هو إعـلان الأوراق المتعلقة

---

(١٧) طعن ٩٠٣/٣٤ ق س ٢٩ ص ٧٥٩

(١٨) طعن ٣٢٣/٥٠ س ٣٤ ص ٢٠٠١ .

(١٩) طعن ٩٥/٥٤ ق ع ١٩٨٩/٢/٢١ .

(٢٠) الوسـيط فى القضاء المدنى للدكتـور فتحى والى ص٤٩٥ وما بعدها طبعه سنة ١٩٨٠

بالدعوى المدعى فإذا لم يكن له موطن مختار فى الحالات التى يوجب القانون فيها ذلك جاز للخصوم إعلانه بأوراق الدعوى فى قلم كتاب المحكمة عملا بالمادة ١٢ من قانون المرافعات .

٨ — بيان وقائع الدعوى وطلبات المدعى واسانيدها .

هذا البيان قصد به :—

١ — إتاحه الفرصة للمدعى عليه بأن تكون لديه فكرة عن المطلوب منه تمكنه من إعداد دفاعه قبل الجلسة المحدده حتى لايضطر إلى طلب تأجيل الدعوى .

٢ — تمكين المحكمة من تكوين فكرة واضحة عن الدعوى تساعدها على تحديد المواعيد اللازمه لأعداد الدعوى والسير فيها .

٩ — توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة . وقد قضى بأنه متى أثبت المحضر فى أصل ورقة الإعلان وصورتها اسمه ووقع بإمضائه ، فإنه يتحقق بذلك ماقصدت إليه المادة التاسعة من قانون المرافعات من وجوب اشتمال ورقة الإعلان على اسم المحضر ولا ينال من ذلك أن يكون خطه غير واضح وضوحا كافيا فى خصوص ذكر اسمه ، ولا أن يكون توقيعه كذلك ، مادام أن الطاعن لم يدع أن من قام بإجراء الإعلان من غير المحضرين فإذا كان المحضر قد أثبت اسمه فى أصل الإعلان ووقع عليه فإن النعى عليه يكون على غير اساس (٢١) وقضى بإن إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان متعلق بالنظام العام لأن توقيع المحضر هو الذى يكسب الورقة صفتها الرسمية ، وكانت هذه الغاية لا تتحقق إلا باشتمال صورة الإعلان على التوقيع ، ولا يسقط البطلان بالحضـور ولا بالنزول عنه ولا أن يكون الخصم حضر بالجلسة ولم يتمسـك به (٢٢) .

ويجب أن تكون صحيفة الدعوى موقعة من محـام على النحو الذى بينه القانون فقد نصت المـادة ٥٨ من قانون المحاماه الصـادر بالقانون ١٩٨٣/١٧ على أنه « لا يجوز فى غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحـكمة الأدارية العـليا إلا من المحامين المقررين لديهـا سـواء كـان ذلك

---

(٢١) طعن ١٠٦٠ /٤٥ ق س ٣٢ ص ٥٧٩ .

(٢٢) طعن ٣٢ / ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٣٦٥ .

عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير » « كما لايجوز تقديم صحف الأستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الأدارى إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها » « وكذلك لايجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أو أمر الأداء للمحاكم الأبتدائية والأدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل » « وكذلك لايجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المستقلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء خمسين جنيها » .

« ويقع باطلا كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة » .

ويبن من النص المتقدم أن توقيع المحامي على صحف الدعاوى في الأحوال التى استوجب فيها القانون هذا التوقيع يعتبر إجراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الإجراء . وقد قضى بأن المشرع قصد من توقيع المحامي على صحف الدعاوى رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت لأن إشراف المحامي على تحرير صحف الأستئناف والدعاوى من شأنه مراعاه أحكام القانون في تحرير هذه الأوراق ، وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيرا ما تنشب بسبب قيام من لاخبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية بما يعود بالضرر على ذوى الشأن ، مما مفاده أن توقيع المحامي على أصل الصحيفة أو على صورتها يتحقق به الغرض الذى قصد إليه المشرع ، ومن ثم فإن خلو الصورة من التوقيع لايترتب عليه البطلان (٢٣) .

هذا ويلاحظ أن الدعاوى الجزئية التى لها قيمة مادية كالنفقة والمهر والجهاز واجر الحضانة واجر الرضاع لايلزم توقيع محام على صحفها إلا إذا كانت القيمة قد بلغت خمسين جنيها ، ولا عبرة هنا بقابلية الحكم للأستئناف من عدمه

أما الدعاوى الجزئية التى تكون ذات قيمة معنوية محضة ، كطلب تسليم الصغير لأمه أو منع الحاضنة من السفر به ، فلا يلزم توقيع محام على صحفها بغض النظر عن قابلية الأحكام للأستئناف ، ذلك أن العبرة في وجوب التوقسع فى الدعاوى الجزئية هى بالقيمة المادية فقط .

---

(٢٣) طعن ٥٨٩ / ٤٨ ق س ٣٠ ص ٥٠٦ .

تحقيق واقعة حصول إعلان بعض الخصوم فى الدعوى والتثبت من صحة تمثيلهم فيها هو من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض مادام أن لهذا التحقيق سندا من أوراق الدعوى (٢٤) .

مادة - ٥٢ معياد الحضور يكون على الأقل ثلاثة أيام فى القضايا الجزئية وستة أيام فى القضايا الكلية وفى القضايا المستأنفة ، وذلك غير يوم تسليم الصورة ويوم الحضور

ويجوز تنقص المعياد فى حالة الضرورة بأمر من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة .

□□□

ميعاد الحضور . هو المعياد الذى يجب أن ينقضى بين إعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى - متضمنة تكليفه بالحضور أمام المحكمة - وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها . وهذا المعياد الغرض منه تمكين المدعى عليه من الأستعداد للدفاع قبل حضوره الجلسة المحددة لنظر الدعوى .

ميعاد الحضور مقرر لمصلحة المدعى عليه لتمكينه من الحضور أمام المحكمة ومن إعداد دفاعه قبل الجلسة ، ولذلك فهو ميعاد كامل يجب أن ينقضى قبل اليوم المحدد لنظر الدعوى وهذا الميعاد يحدد النهاية الصغرى للمدة التى يجب أن تنقضى بين تاريخ إعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى ، وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها ولا يدخل فى هذا الاميعاد يوم تسليم صورة صحيفة الدعوى ، ولايوم الحضور أى اليوم الذى حددت فيه الجلسة .

ميعاد الحضور لايمنح إلامرة واحدة فلا يلزم منحه مرة أخرى عند تعجيل الدعوى مثلا بعد وقفها أو تقصيرها لجلسة تاليه ، فإذا كان المدعى عليه قد منح - فى صحيفة افتتاح الدعوى - الميعاد كاملا للحضور ، وإجلت الدعوى لجلسة تالية ثم قصرت إلى جلسة أخرى ، فلا يكون للمدعى عليه - بعد ذلك . ميعاد حضور كامل .

يختلف ميعاد الحضور باختلاف المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى . فميعاد الحضور أمام المحاكم الجزئية ثلاثة أيام كاملة ، وميعاد الحضور أمام المحاكم الكلية والأستئنافيه ستة أيام كاملة .

---

(٢٤) طعن ٢٢٠ / ٢٢ ق ح ٢٤ /١١ / ١٩٥٥ .

ويتعين منح المدعى عليه ميعاد حضور كلما وجه إليه طلب جديد يختلف عن الطلب الأصلى في موضوعه وسببه أو في أطرافه ، كما إذا عدل المدعى سبب دعواه أو أضاف إلى طلباته طلبا جديدا ، كل هذا إذا كان المدعى عليه لم يحضر الجلسة التى أبدى فيها الطلب الجديد ، فإن كان حاضرا بها فإن فى تأجيل الدعوى لجلسة تالية مايغنى عن ميعاد الحضور متى كان هذا التأجيل يجاوز هذا الميعاد أو يتساوى معه . أما إذا لم يكن المدعى عليه حاضرا بالجلسة التى أبدى فيها الطلب الجديد ، أو وجهه المدعى من تلقا نفسه ، فإنه يتعين مراعاة ميعاد الحضور .

لايترتب على عدم مراعـاة ميعـاد الحضور بطـلان إعلان صـحيفة الدعوى ، ويكون للمدعى عليه الحـق فى التأجيل لاستكمال ميعاد الحضـور - مادة ٦٩ مرافعـات .

يجوز انقاص ميعاد الحضور بشرط : -

١ - أن يكون هناك حالة ضرورة تقتضى ذلك كأن يكون الأمر متعلقا برد طفل رضيع إلى مرضعته ، أو برد محضون إلى حاضنته ، أو بتسليم صغير إلى أمه . أو التفريق بين رجل وامرأة يتعاشران معاشرة الأزواج وهى لاتزل فى عصمة رجل آخر .

٢ - أن يكون انقاص الالميعاد بأمر من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة إذا كانت الدعوى من الدعاوى الكلية .

ويكون انقاص ميعاد الحضور بأمر على عريضة يقدمها صاحب الشأن أو على الإعلان الموجه منه للمدعى عليه .

والقاضى الجزئى أو رئيس المحكمة هو الذى يقدر الضرورة التى تجيز تقصير ميعاد الحضور من واقع المادة المعروضة عليه ، وهو الذى يقدر مدة الانقاص التى يراها مناسبة وظروف الحال المعروضة عليه ، فإن أمر بانقاص ميعاد الحضور تعين أن تعلن صورة الأمر مع صحيفة الدعوى .

هذا ويلاحظ أنه بعد أن ألغى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ المواد من ٤٨ إلى ٦٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما عدا المادة ٥٢ منها - وهى الخاصة برفع الدعوى وقيدها أمام محكمة الدرجة الأولى فإن قواعد قانون المرافعات تكون هى الواجبة التطبيق ومنها المادة ٧٠ التى تقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم

يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب (٢٥) .

لامحل لأعمال حكم المادة ٧٠ من قانون المرافعات - بشأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن على قضايا الطعون أمام محكمة النقض ، ذلك أن الفصل الخاص بالنقض من ذلك القانون قد خلا من الأحالة إلى حكم المادة ٧٠ على خلاف ما نصت عليه المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات فيما يتعلق بالأستئناف ، بل نظمت المادة ٣/٢٥٦ من القانون المذكور كيفيه إعلان صحيفة الطعن بالنقض فنصت على أنه « على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمه إليه ، ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان إعـــلان صحيفة الطعن » ممـــا مفاده أن الميعاد المقرر لإعـــلان صحيفة الطعن بالنقض ليس ميعاداً حتميا بل مجرد ميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزه البطـلان (٢٦) .

قيد الدعوى

نصت المادة ٦٧ من قانون المرافعات على أن « يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك؛ بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها »

« على قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد أصل الإعلان إليه »

ونصت المادة ٦٨ على أنه « على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الاليعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة ، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور » .

« وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله فى تأخير الإعلان بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات ولايكون الحكم بها قابلا لأى طعن » .

---

(٢٥) طعن ٢٦ / ٥٥ ق أحوال جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٨٨ .

(٢٦) طعن ٤٢ / ٥٥ ق أحوال شخصية جلسة ٢٩ /٤ / ١٩٨٨ .

ونصت المادة ٦٩ على أنه « لا يترتب على عـدم مراعاة الميعاد المقرر في المادة الســابقة بطلان إعلان صحيفة الدعــوى ، كذلك لايترتب البطـــلان على عدم مراعاة مواعيد الحضور وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في التأجيل لاســتكمال الميعاد »

ونصــت المادة ٧٠ على أن « تعتـــبر الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه الحضــور في خلال ثلاثة أشــهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتــاب (٢٧) .

قضى بأن قلم الكتاب ماهو إلا نائب عن صاحب الشأن في قيد الدعوى وتلك النيابة لاتحول دون وجوب متابعة صاحب الشأن إعلان خصومه في الميعاد (٢٨) ويكون القول بأن المدعى إذ دفع الرسم كاملا فقد أصبح قلم الكتاب مكلفا بقيد الدعوى بعد إعلانها ، فلا ترد إليه الصحيفة بعد ذلك حتى يتيسر له التأكد من صحة إعلانها في الالميعاد قائما على غير أساس .

---

(٢٧) نص المــادة ٧٠ وإن كــان يحكم صحيفة افـتتاح الدعــوى إلا أنه لاينطبـق في شأن الأستئناف .

(٢٨) طعن ٢٠٧ / ٣٢ ق س ١٧ ص ١٧٨٠ .

الباب الثانى

فى المرافعات

الفصل الأول فى الجلسات

الغى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تحكم نظام الجلسة واحال بشأنها إلى القواعد الواردة بقانون المرافعات وهذه القواعد نظمتها المواد من ١٠١ إلى ١٠٧ على النحو التالى :-

مادة – ١٠١

تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة .

□□□

القاعدة فى المرافعة أن تكون علنيه ، والاستثناء إجراءها سرا محافظة على النظام العام والآداب . وهذا الأستثناء متروك تقديره لمحكمة الموضوع سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، وقد أعتبر المشرع من أسباب نظر الدعوى سرا حرمة الأسرة . وقد عرض أمر نظر دعاوى الأحوال الشخصية فى جلسات علنية على محكمة النقض فقضت بأن النص فى المادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية على أنه «تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » يدل على أن الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تظل خاضعة للائحة ترتيب هذه المحاكم والقوانين الأخرى المكملة لها ، وإن خلت هذه اللائحة وتلك القوانين من تنظيم للإجراءات فى الدعاوى المذكورة ، فعندئذ تتبع الإجراءات المبينة بقانون المرافعات ، بما فى ذلك ماورد بالكتاب الرابع منه ، وإذ كانت القواعد المقررة بالمواد من ٨٢ إلى ٩٧ من اللائحة المذكورة والمتعلقة

بإجراءات سماع الدعوى ومنها ما تستوجبه المادة ٨٤ من علنية المرافعة إلا فى الأحوال التى تأمر المحكمة بإجرائها سرا قد الغيت بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ سالف الأشارة ، فإنه يتعين الرجوع بصدد هذه الإجراءات إلى مواد الكتاب الرابع من قانون المرافعات الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وإذ تنص المادة ٨٧١ على أنه « تنظر المحكمة فى الطلب منعقدة فى غرفة المشورة بحضور أحد أعضاء النيابة العامة وتصدر حكمها علنا » مما مفاده وجوب نظر دعاوى الأحوال الشخصية فى غير علانيه ، وكان يترتب على مخالفة ذلك بطلان الحكم ، وكانت المادة ٣٢٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضى بسريان جميع القواعد المقررة فى شأن رفع الدعوى والسير فيها أمام المحاكم الأبتدائية على الدعاوى المستأنفة وكان يبين من صور محاضر جلسات محكمتى أول وثانى درجة إن الدعوى نظرت أمامها فى جلسات علنية فإن كلا من حكميهما يقع باطلا بما يوجب نقض الحكم المطعون فيه (١) .

وعلى الرغم من صدور أحكام محكمة النقض على هذا النهج إلا أن الرأى عندنا أن المادة ٨٧١ من قانون المرافعات لايسرى على دعاوى الأحوال الشخصية (نفس) الخاصة بالمصرين ، وإنما تسرى فقط على الأحوال الشخصية للأجانب ذلك أن المادة ٨٤ من اللائحة كانت تقضى بأن « تكون المرافعة علنية إلا فى الأحوال التى تأمر المحكمة بإجرائها سرا ... » .

مادة – ١٠٢ « يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ، ولاتجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها . ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم »

□□□

يتعين على المحكمة الأستماع إلى دفاع الخصوم ومرافعاتهم – إذا طلبوا منها ذلك – فإذا لم تمكنهم المحكمة من إبداء أقوالهم حال المرافعة ، فإنها تكون قد أخلت بحقهم فى الدفاع ، ويكون الحكم الصادر فى الدعوى باطلا . ويجب على المحكمة أن تمكن المدعى عليه من التعقيب على دفاع المدعى ومذكراته – إذا طلب منها ذلك – وإلا فإنها تكون قد أخلت بحق الدفاع ، ويكون حكمها باطلا أيضا لأن المدعى عليه هو آخر من يتكلم .

---

(١) طعن ٤٤ / ٤٨ ق س ٣١ ص ١٣٠٦ .

مادة – ١٠٣ للخصوم أن يطلبوا من المحكمة فى آية حال تكون عليهـا الدعوى إثبات ما أتفقـوا عليه فى محضر الجلسة، ويوقع منهم أو من وكلائهم ، فإذا كانوا قد كتبوا ما أتفقوا علية،ألحق الأتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه .ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام » .

□□□

يلاحظ أن الصلح بين الخصمين الذى يعتد به فى مسائل الأحوال الشخصية يجب أن يكون فيما يجوز شرعا (٢) لأن الشريعة الأسلامية لاتجيز الاتفاق أو الصلح على ما يحل حراما أو يحرم حلالاً .

مادة – ١٠٤ « ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها ، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماه ، يكون له فى سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعا وعشرين ساعة ، أو بتغريمة جنيها واحدا ، ويكون حكمها بذلك نهائيا »

« فإذا كان الإخلال قد وقع ممن يؤدون وظيفة فى المحكمة كان لها أن توقع أثناء انعقاد الجلسة مالرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات التأديبية »

« وللمحكمة إلى ما قبل أنتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذى تصدره بناء على الفقرتين السابقتين . »

□□□

مادة – ١٠٥ « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحوا العبارات الجارحة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من آية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات » .

---

(٢) راجع الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من الأئحة .

محو العبارات الخارجة أو المخالفة للنظام العام أو الآداب رخصة خولها الشارع لقاضى الموضوع ، أو أطلق له الخيار فى أستعمالها أو إهمالها على مقتضى مايراه بغير معقب عليه بحيث إذا أختار أحد الأمرين فلا يكون مطالباً ببيان الأعتبارات التى أعتمد عليها فى هذا الأختيار ويكون أغفال الحكم الرد على طلب محو تلك العبارات لايعد قصورا مخلا .

مادة – ١٠٦ « مع مراعاة أحكام قانون المحاماه ، يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها ، وبما يرى اتخاذه من إجراءات التحقيق ، ثم يأمر بإحالة الأوراق إلى النيابة لإجراء ما يلزم فيها . فإذا كانت الجريمة التى وقعت جناية أو جنحة كان له إذا اقتضت الحال أن يأمر بالقبض على من وقعت منه »

□□□

مادة – ١٠٧ « مع مراعاة أحكام قانون المحاماة للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة ، وتحكم عليه فورا بالعقوبة » .

« وللمحكمة أيضا أن تحاكم من شهد زورا بالجلسة وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهادة الزور » .

« ويكون حكم المحكمة فى هذه الحالة نافذا ولو حصل استئنافه » .

الفصل الثانى

فى حضور الخصوم أو وكلائهم

الغى القانون رقم ٤٦٢ /١٩٥٥ نصوص المواد من ٧٤ إلى ٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وحل محلها النصوص المقابلة فى قانون المرافعات من الباب الثالث من الكتاب الأول ، وهى الخاصة بحضور الخصوم وغيابهم . وقد جاءت هذه النصوص في فصلين الأول منهما في الحضور والتوكيل بالخصومة والثانى فى الغياب .

الفصل الأول – فى الحضور والتوكيل بالخصومة

مادة – ٧٢ « فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين ، وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة » .

□□□

مادة – ٧٣ يجب على الوكيل أن يقرر حضوره عن موكله ، وأن يثبت وكالته عنه وفقا لأحكام قانون المحاماه ، وللمحكمة عند الضرورة أن ترخص للوكيل فى إثبات وكالته فى معياد تحدده على أن يتم ذلك فى جلسة المرافعة على الأكثر .

□□□

مادة – ٧٤ بمجرد صدور التوكيل من أحد الخصوم يكون موطن وكيله معتبرا فى إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل هو فيها .

وعلى الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه .

□□□

مادة – ٧٥ التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف . وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاخاصا . وكل قيد يرد فى سند الوكالة على خلاف ماتقدم لايحتج به على الخصم الآخر .

□□□

مادة – ٧٦ لايصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمنيات مع بقاء الدين ولا الأدعـــاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ، ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا .

□□□

مادة – ٧٧ إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الأنفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص فى التوكيل .

مادة ٧٨ – يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعا من الإنابة صراحة فى التوكيل .

□□□

مادة – ٧٩ – كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة .

□□□

مادة – ٨٠ – لا يحول اعتزال الوكيل أو عزله دون سير الإجراءات فى مواجهته إلا إذا أعلن الخصم بتعيين بدله أو بعزم الموكل على ملاشرة الدعوى بنفسه .

ولا يجوز للوكيل أن يعتزل الوكالة فى وقت غير لائق .

□□□

مادة – ٨١ – لا يجوز لأحد القضاة ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالمحاكم أن يكون وكيلا عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالافتاء ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها وإلا كان العمل باطلا

ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانونا وعن زوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية .

الفصل الثانى – الغياب

مادة – ٨٢ إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كـــانت صالحة للحكم فيها ، وإلا قررت شطبها فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن .

وتحكم المحكمة فى الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه .

□□□

مادة – ٨٥ – إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانه بها إعلانا صحيحا بواسطة خصمه .

□□□

مادة – ٨٦ – إذا حضر الخصم الغائب قبل أنتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن .

إجراءات الجلسات

مادة – ٩٧ – تجرى المرافعة فى أول جلسة ، وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه فى هذه الجلسة مستندا كان فى إمكانه تقديمه فى المعياد المقرر فى المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى حكمت عليه بغرامه لا تقل عن ثلاثة جنيهات ولا تجاوز عشرين جنيها .

ومع ذلك يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم مستندا ردا على دفاع خصمه أو طلباته العارضة .

□□□

مادة – ٩٨ – لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع .

تحديد أيام معينة لعقد جلسات المحكمة ليس إلا تنظيما داخليا ترتبه جمعيتها العمومية ، ولا يترتب على مخالفته البطلان (٢) .

الأصل فى الجلسات أن تكون علنيه ، وإن تجرى المرافعة فيها علنا ، ولهذا الأصل أهمية بالغة لمافيها من ضمان حقوق الدفاع المقدمة . إلا أن المشرع خرج على هذا الأصل بالنسبة لنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فأوجب نظرها فى غرفة مشورة أى فى جلسة سرية وقد قضى بأن مفاد المادتين ٨٧١ ، ٨٧٨ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات إن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فى غرفة مشورة ، وقد افصحت المذكرة الأيضاحية للقانون ١٩٥١/١٢٦ الذى أضاف الكتاب الرابع إلى قانون المرافعات بأنه بنظر المحكمة الطلب فى غرفة مشورة تتوافر بذلك السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك مما مفاده أنه يقصد بغرفة المشورة عقد الجلسة سرية ، وبالنظر لأن قضايا لأحوال الشخصية تدور حول حالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة ، وهى كلها مسائل يجب أن تعرض فى أضيق نطاق ولا تلوك الألسن مايدور فيها ، ولذا اقتضت إرادة المشرع وجوب نظرها غير علانيه ، ولما كان هذا الإجراء يتعلق بنظم التقاضى الأساسية ويتصل بالنظام العام فإنه يترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى ويؤيد هذا النظر أن الأصل فى الجلسات أن تكون علنيه وأن تجرى المرافعة فيها علنيا ، ولما لهذه القاعدة الأصلية من أهمية بالغة ، ولما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها فى المادة ١٠١ من قانون المرافعات الواردة فى الأحكام العامة بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبه وآخرها المادة ١٦٩ من دستور سنة ١٩٧١ لتكون بعيدة عن أمكان العبث بها فإذا ماعنى المشرع بإبراز وجوب السرية فى أحوال معينة ، فإنها فى حدود هذا النطاق تعتبر من القواعد الأساسية فى المرافعات التى تصم الحكم عند تخلفها بالبطلان دون النص عليه صراحة ، ودون أمكان القول فى شأنها بتحقق الغاية من الإجراء فى معنى المادة ٢٠ من قانون المرافعات ، ويظاهر هذا القول أن المادتين ٨٦٩ ، ٨٧٠ من الكتاب الرابع واللتين أبقى عليهما قانون المرافعات الحالى رسما طريقا لرفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب يخالف الطريق المعتـاد لرفع كل

---

(٢) طعن ٨١ /٢٩ ق س ١٥ / ٨٦ .

الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٦٣ وما بعدها فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم وإنما يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة راعى الأقتصار فيها على ذكر موجز الطلب امعانا فى السرية وحفاظا على الحرمات والأسرار (٤) .

والرأى عندنا أن سرية الجلسات المنصوص عليها فى المادة ٨٧١ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات تنطبق على مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، وليس الأحوال الشخصية للمصرين . ويؤيدنا فى هذا الرأى ما كان جارياً عليه العمل تحت ظل المادة ٨٤ - قبل الغائها - من لائحة تريب المحاكم الشرعية والتى كانت تقضى بان المرافعة علنية إلا فى الاحوال التى تأمر المحكمة باجرائها سراً ... »

مادة - ٩٩ - حكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها إو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات فى المعياد الذى حددته له المحكمة بغرامة لاتقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات ، ويكون ذلك بقرار يثبت فى محضر الجلسة له ماللأحكام من قوة تنفيذية . ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا .

ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لاتجاوز ستة أشهر وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرت بـه المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

□□□

مادة - ١٠٠ - تنفيذ أحكام الغرامات يكون بعد أخبار المحكوم عليه بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول من قلم الكتاب .

---

(٤) طعن ١٤ / ٤٦ ق س ٢٩ ٤٢٦ .

أيداع المستندات

نصت المادة ٦٥ من قانون المرافعات على أن « على المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدى الرسم كاملا وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صورا من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . وعليه إن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحه »

« وعلى المدعى عليه فى جميع الدعاوى عدا المستعجلة والتى أنقص ميعاد الحضور فيها أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل » .

الدفـــوع

مادة — ١٠٨ — الدفع بعدم الأختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للأرتباط ، والدفع بالبطلان ، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب ابداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن .

ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع ، وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة .

ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا والإسقط الحق فيما لم يبد منها

□□□

الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعى به دفع شكلى يجب إبداؤه قبل التعرض للموضوع والإسقط الحق فى التمسك به . والبطلان الذى يلحق الصحيفة بسبب ذلك بطلان نسبى .

الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحـدة من متعددين لاتربطهم رابطة ، دفع شكلى يتضمن الأعتراض على شكل إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها ، ولا يعد دفعا بعدم القبول . والبطلان فى هذه الحالة نسبى ، ويسقط الحق فى التمسك به بعدم إبدائه قبل التحدث فى موضوع الدعوى ، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الأستئناف بالغائه ويرفض الدفع وجب عليها أن

تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها الذى لم تقل هذه المحكمة كلمتها فيه ، ولا تملك المحكمة الأستئنافيه التصدى لهذا الموضوع لما يترتب عليه من تفويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم (٥) .

إذا قررت محكمة الأستئناف الغاء حكم صادر فى الأختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى - وكانت القضية صالحة للفصل فى موضوعها - لا تردها إلى محكمة أول درجة بل تفصل بما يقتضيه المنهج الشرعى ، ويستثنى من حكم هذه المادة أحكام الأختصاص أو الإحالة الصادرة من المحاكم الجزئيةفى المواد التى يكون حكمها فيها انتهائيا ففى هذه الحالة يجب على المحكمة الأستئنافيه رد القضية إلى المحكمة المختصة (مادة ٢٢٣الأئحة) .

الدفع ببطلان الصحيفة لخلوها من الأسباب دفع شكلى يجب إبداؤه قبل التكلم فى الموضوع والإسقط الحق فى إبدائه .

الدفع الشكلى يوجه إلى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها بغيه إنهاء الخصومة قبل الفصل فى موضوع الحق المطالب به ، أو تأخير الفصل فيه (٦) ولذلك فإن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن يعتبر من الدفوع المشكليه المتعلقة بالإجراءات ، ويتعين ابداؤه قبل التعرض للموضوع .

التكلم فى الموضوع المسقط للدفع الشكلى يكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها أو ينطوى على التسليم بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة (٧) .

الدفع باعتبار الأستئناف كأن لم يكن يعد دفعاً شكلياً لايتعلق بالنظام العام ويسقط بعدم إبدائه قبل التعرض للموضوع .

الدفع الموضوعى هو الذى يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كليا أو جزئيا ، والتكلم فيه مسقط للحق فى ابداء الدفع الشكلى .

الدفع بانعدام الإجراء دفع موضوعى لأن المعدوم لا يرتب أى أثر ولا تلحقه أى حصانه .

الدفع المتعلق بالنظام العام دفع موضوعى ولكل ذى مصلحة التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى

---

(٥) طعن ٢٥١ / ٣٦ ق س ١٣ ص ٣٤٠ .
(٦) طعن ١٠٢١ /٤٦ ق س ٣٠ ص ٢٠٤ ع ٣ .
(٧) طعن ١٥٨ / ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٨٩١ .

الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة هو فى حقيقتة دفع موضوعى يقصد به الرد على الدعوى برمتها ، ويترتب على قبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لايستطيع العودة إليها (٨) .

يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفوع الشكلية فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف ومنها ماتنص عليه المادة ١/١٠٨ فإذا مثل المدعى عليه أمام المحكمة وطلب أجلا لإحضار شهوده وأشهد بعد ذلك شاهدين سمعت أقوالهما دون أن يتمسك قبل إجراء التحقيق والتعرض للموضوع بالدفع باعتبار الدعوى كان لم تكن ، فإنه يكون قد أسقط حقه فى هذا الدفع (٩) . وقضى بأن المقرر وفقاالنص المادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية أنه فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، يتعين اتبـاع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات ، وإذ الغى الفصل الرابع من الباب الثانى من هذه اللائحة والخاص بدفع الدعوى قبل الجواب عنها بموجب نص المادة ١٣ من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ السالف البيان فإنه يتعين أعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفوع الشكلية فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف ومنها ما تنص عليها المادة ١٠٨ منه من أن « الدفع بعدم الأختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ... يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ... ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلاسقط الحق فيما لم يبد منها ... وإذا كان مؤدى هذا النص أنه يتعين على الخصم الذى يرغب فى الدفوع المتعلقة بالإجراءات إن يبديها معا قبل التكلم فى موضوع الدعوى ، وإن يبدى كافة الأوجه التى يقوم عليها كل منها دفعة واحدة والإسقط حقه فى التمسك بما لم يبده منها . فإذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة أول درجة بعدم اختصاصها محليا بنظر الدعوى تأسيسا على أنه يقيم بمدينة الأسكندرية ثم عاد فى جلسة تالية وأضاف وجها جديدا لدفعه هو أن خصمه – المدعى – يقيم أيضا بذات المدينة فإن حقه فى التمسك بهذا الوجه الأخير يكون قد سقط (١٠) .

(٨) طعن ١٠١/ ٣٤ ق س ١٨ ص ٩٨٠٣ .
(٩) طعن ٥٠ / ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٤٩٥ .
(١٠) طعن ٥٠ / ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٤٩٥ .

الدفع بسقوط الخصومة لمضى أكثر من سنة على آخر إجراء صحيح فيها ، هو مما يتصل بمصلحة الخصم فله أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، فإذا بدا من الخصم الذى شرع السقوط لمصلحته مايدل على أنه قد نزل عن التمسك به فلايجوز له بعد ذلك أن يعود فيما أسقط حقه فيه .

مادة - ١٠٩ - « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لأنتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها »

« ويجوز الدفع به فى آية حالة كانت عليها الدعوى »

□□□

مـادة - ١١٠ - على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الأختصاص متعلقا بالولاية ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها .

□□□

مادة - ١١١ - إذا اتفق الخصوم على التقاضى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التى أتفقوا عليها .

□□□

مادة - ١١٢ - إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التى رفع إليها النزاع أخيرا للحكم فيه .

وإذا دفع بالاحالة للارتباط جاز إبداء الدفع أمام أى من المحكمتين .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها .

مادة – ١١٣ – كلما حكمت المحكمة فى الأحوال المتقدمة بالاحالة كان عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى . وعلى قلم الكتاب إخبار الغائبين من الخصوم بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

□□□

القرار الصادر من المحكمة بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى دون تحديد جلسة معينة لنظرها يترتب عليه انقطاع صلة الخصوم بها ، فيتحتم إخطارهم بالجلسة التى تحددها المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى وإلا شاب إجراءاتها البطلان (١١) .

مادة –١١٤– بطلان صحف الدعاوى وإعلانها ، وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه .

□□□

مادة – ١١٥– الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها .

وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ، ويجوزلها فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لاتجاوز خمسة جنيهات .

□□□

الدفع بعدم قبول الدعوى المنصوص عليه فى المادة ١١٥ ليس من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات التى أشارت اليها المــادة ١٠٨ مــن قانون

---

(١١) طعن ٤٥٢ / ٤٨ س ٣٢ ص ٨٨١ .

المرافعات والتى يجب إبداؤها قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، أو دفع بعدم القبول والإسقط فيما لم يبد فيها .

لم يعرف المشرع الدفع بعدم القبول تقديراً منه لصعوبة فرض تحديد جامع مانع له ، إلا أنه وعلى ضوء ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحيه لمشروع قانون المرافعات السابق فى صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من القانون القائم ، هو الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى – الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كانعدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه ، أو لأنقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها . وعلى هذا الأساس إذا كان الأمر يتعلق بإجراء أوجب القانون اتخاذه ، وحتى تستقيم الدعوى ، فإن الدفع المبنى على تخلف هذا الإجراء يعد دفعا شكلياً ، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى انتفت صلته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها ، وذلك دون اعتداد بالتسمية التى تطلق عليه ، لأن العبرة فى تكيف الدعوى هى بحقيقة جوهره ومرماه (١٢) .

مادة – ١١٦ – « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها »

□□□

هذا الدفع متعلق بالنظام العام ، لأن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا . وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها . مادة ١٠١ من قانون الأثبات .

يجب أن تتوافر الشروط الأتية حتى يمكن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها عملا بالمادة ١١٦ مرافعات .

١ – أن يتحد الخصوم فى الدعوى المقضى فيها والدعوى الجديدة .
٢ – اتحاد المحل فى كل من الدعوين .

---

(١٢) طعن ١٨٠ / ٥٠ ق الهيئة العامة لمحكمة النقض جلسة ٨ / ٢ / ١٩٨٩ .

٣ — اتحاد السبب في كل من الدعوين .

هذا ويلاحظ – في مسائل الأحوال الشخصية أن هناك بعض الأحكام تكون حجيتها مؤقته كالنفقة والحضانة ، فيجوز معاودة نظر الموضوع فيها لمدة تالية تبعا لتغير الظروف .

أختصام الغير في الدعوى

مــادة – ١١٧ – للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح أختصامه فيها عند رفعها ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ .

□□□

مــادة – ١١٨ – للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعادا لايجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

□□□

تدخل النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية

نظم القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم بمقتضى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ، على النحو التالي :-

مــادة – ١ – يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ المشار إليه .

« وعليها أن تتدخل في كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلا » .

« ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع (١٢) من الكتاب الأول من قانون المرافعات » .

---

(١٢) المواد من ٨٧ إلى ٩٦ من قانون المرافعات والخاصة بتدخل النيابة العامة .

مـــادة - ٢ - « فى الأحوال التى يجوز فيها استئناف الأحكام والقرارات الصادرة فى القضايا المشار إليها فى الفقرة الثانية من المادة السابقة يجوز للنيابة العامة الطعن بهذا الطريق طبقــاً لما نص عليه فى المادتين ٨٧٥ ، ٨٧٧ من قانون المرافعات المدنية التجارية » .

□□□

مـــادة - ٣ - للخصوم والنيابة العامة الطعن بطريق النقض فى الأحكام والقرارات المشار إليها فى المادة السابقة وذلك طبقا لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

□□□

مـــادة -٤ - « يلغى كل نص يخـــالف أحكام هذا القانون »(١٤) .

□□□

بعد صدور القانون رقم ٦٢٨/ ١٩٥٥ أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لاتختص بها المحاكم الجزئية ، ويكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها مـا عليهم مـن واجبات ، فلها أن تبدى الطلبات والدفوع ، وتباشر كافة الإجراءات التى يباشرها الخصوم ، ولا يسرى عليها قواعد رد أعضاء النيابة ، وهو مايجوز معه أن يكون عضو النيابة الذى أبدى رأيه أمام محكمة أول درجة هـو نفسه الـذى يبدى رأيه أمـام محكمة الأستئناف(١٥) .

وتدخل النيابة - حيث تكون طرفا أصليا - فى الدعوى وإبداء رأيها أمام محكمة أول درجة لايغنى عن وجوب تدخلها وإبدائها الرأى أمام محكمة ثانى درجة ، فإذا اكتفت بإرسال مذكرة برأيها فى دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية إلى محكمة الأستئناف ولم يحضر من يمثلها جلسات المحاكمة فإن الحكم يكون باطلا (١٦) غير أن بطلان الحكم لعدم إبداء النيابة رأيها لايصادف محله إلا إذا طلبت النيابة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما ارادت (١٧) .

---

(١٤) عمل بهذا القانون اعتباراً من أول يناير سنة١٩٥٦ .

(١٥) طعن ١٩ / ٤٥ ق س ٢٣ ص ١٣٧٧ .

(١٦) س ٢٠ ص ٩٦٧ .

(١٧) طعن رقم ٣٣ / ٤٩ ق س ٣٢ ص ١٦١٨ .

وقضى بأن الدعوى بثبوت صحة ونفاذ الوصية يتناول الفصل فيها فضلا عن ثبوت صحة صدور الوصية من الموصى ، مدى توافر أركان انعقادها وشروط صحتها ونفاذها فى حق الورثة طبقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون الوصية الصادر به القانون رقم ١٩٤٦/٧١ وهو ما يدخل فى أختصاص المحاكم الشرعية ، وإذا كان الأختصاص بنظرها ينعقد – وفقا للقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية – للمحكمة الأبتدائية ، فإنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة أن تتدخل فيها بموجب نص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف ، وإذ رتب المشرع على عدم تدخل النيابة العامة فى هذه الدعاوى بطلان الحكم وهو إجراء يتعلق بالنظام العام ، وإذ كانت النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى إلى أن صدور فيها الحكم فإنه يقع باطلا بما يوجب نقضه (١٨) .

تدخل النيابة العامة فى المسائل المتعلقة بالوقف أهليا كان أو خيريا وجوبى طبقا لنص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ وأن هذا التدخل مرهون بأن يكون النزاع متعلقا بأصل الوقف أو انشائه أو الأستحقاق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية قبل الغائها بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ، وأن يستوى أن تكون الدعوى أصلا من دعاوى الوقف أو تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف . فالمنازعة أمام محكمة الموضوع فى صفة المدعى كمستحق فى الوقف موضوع الدعوى هو مايندرج فى مسائل الوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، والفصل فى هذا النزاع دون أن تتدخل النيابة العامة فى الدعوى لتبدى رأيها فيها يجعل الحكم باطلا مما يوجب نقضه (١٩) .

يتعين أن يكون إبداء النيابة رأيها بعد أن تتهيأ الدعوى للحكم فى موضوعها ، وقد قضى بأن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ من قانون المرافعات أنه يترتب على وفاة أحد الخصوم قبل أن تتهيأ الدعوى للحكم فى موضوعها انقطاع سير الخصومة بحكم القانون بغير حاجة لصدور حكم به وبدون توقف على علم الخصم الآخر بحصول هذه الوفاة ، وينتج عن ذلك بطلان كافة

---

(١٨) طعن رقم ٣٣ / ٤٩ ق س ٣٢ ص ١٦١٨ .
(١٩) طعن ٨١٩ / ٥٢ ق أحوال شخصية ع ١٢ / ٤ / ١٩٨٣ .

الإجراءات التى تتخذ فى الدعوى بعد تاريخ قيام سبب الأنقطاع بما فيها ما قد يصدر من حكم فى الدعوى ، وهو بطلان نسبى مقرر لمن شرع الانقطاع لحمايته من خلفاء المتوفى ، وإذا كان الثابت أن مورث الطاعن توفى إلى رحمة الله أثناء نظر الأستئناف المرفوع ضده والذى صدر فيه الحكم المطعون فيه ، وإن النيابة لم تبد رأيها فى الأستئناف إلا بعد وفاة ذلك الخصم ، وكانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ أصبحت طرفا أصلياً فى قضايا الأحوال الشخصية التى لاتختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات ، فلها أن تبدى الطلبات والدفوع وتباشر كافة الإجراءات التى يحق للخصوم مباشرتها ، فإن سبب الأنقطاع يكون قد حصل قبل أن تتهيأ الدعوى للحكم فى موضوعها وفقا للمادة ١٣١ من قانون المرافعات ويترتب على ذلك بطلان كافة الإجراءات التى اتخذت فى الدعوى بعد تاريخ الوفاة بما فى ذلك الحكم المطعون فيه (٢٠) .

النيابة العامة وإن أصبحت طرفاً أصلياً فى قضايا الأحوال الشخصية بعد صدور القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ مما يجيز للخصوم أن يعقبوا على رأيها ، إلا أن ذلك مقيد بأن تكون النيابة قد أبدت دفوعا أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق إثارتها فإذا كان الطاعن قد أبدى دفوعا واوجه دفاع قضت محكمة الدرجة الأولى برفضها ثم تناولها الطاعن فى صحيفة استئنافه ، وكانت مذكرة النيابة قد طلبت الحكم برفض ما أثاره المستأنف (الطاعن) من دفوع وأوجه دفاع دون أن تبدى أية دفوع جديدة أو أوجه دفاع لم يسبق طرحها ، وإن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض الأستئناف وتأييد الحكم المستأنف مستندا إلى أسباب حكم محكمة أول درجة ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه رفض طلب التعقيب على رأى النيابة يكون فى غير محله (٢١) .

الرأى الذى تبد به النيابة - فى قضايا الأحوال الشخصية - على ضوء ماتستبينه من وقائع الدعوى ومدى تفسيرها للقانون لاتتقيد به المحكمة ، فلها أن تأخذ به أو تطرحه ، ولا يعد أخذها برأى النيابة اعتماد عليه فى قضائها (٢٢) . إذا فوضت النيابة الرأى للمحكمة - بعد أن يقدم طرفا الخصومة أدلتهما - فإنها

(٢٠) طعن ٦٤ / ٤٩ ق س ٣٤ ص ٣٠١ .
(٢١) طعن ٣٠ / ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٢٨٥ .
(٢٢) طعن ٣٠ /٤٤ ق س ٢٧ .

بذلك تكون قد أبدت رأيها فى القضية بما مؤداه تفويض الرأى المحكمة فى تقدير أدلة الدعوى والترجيح بينها بما يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وإبداء الرأى فى قضايا الأحوال الشخصية .

بيان أسم وكيل النيابة ليس من البيانات التى يترتب على أغفالها فى الحكم بطلانه .

أسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على أغفالها بطلان الحكم وفق المادة ١٧٨/١ من قانون المرافعات ويكفى أثبات الحكم أن النيابة أبدت الرأى فى القضية .

تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية التى تنظرها المحاكم الجزئية هو تدخل جوازى ، فلها أن تتدخل فى الدعوى وتبدى الرأى فيها ، ولها إلا تتدخل .

سماع الدعوى

مـــادة – ٩٨ – لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء (١) أو الرجوع عنها أو العتق أو الأقرار بواحد منها ، وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الأقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائه وإحدى عشرة الافرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى

أماالحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائه وإحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع فيها دعوى ماذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ماذكر .

□□□

لا يقصد بالإنكار هنا وجوب صدور فعل إيجابى من قول أو كتابة ينفى به المدعى عليه مايدعيه المدعى ، بل يكفى لقيام الإنكار عدم إقرار المدعى عليه ولو

---

(١) الوصية بتعيين فلان وصيا على التركة أو علـى الأولاد تسمى فـى عـرف المؤلفين إيصاءاً ولا يشترط علم الوصى بالإيصاء . ويصح تصرفه ، وإذا تصرف يعد قابلا للإيصاء .

كان ذلك عن طريق سكوته لأن البينة على من ادعى ولا يعفيه من تقديم دليله سوى الأقرار من خصمه بصحة دعواه ، ولا ينسب لساكت قول ، ولهذا لا يحمل السكوت على ما يضره .

المعروف عند الفقهاء أن الشهادة إحدى طرق الأثبات عند انكار المدعى الحق المدعى به ، غير أن اللائحة الشرعية ، لم تعتبر الشهادة - عند أنكار بعض التصرفات - بعد وفاة الصادر منه التصرف ، فاشترطت لسماع الدعوى به - بعد وفاة من صدر منه التصرف أن يكون التصرف ثابتا بورقة رسمية أو بورقة عرفية كتبت جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه وقد طبق القانون ذلك على الحوادث الواقعة بعد سنة١٩١١ . أما الحوادث السابقة على هذا التاريخ فقد أكتفى فى أثبات الدعوى بالتصرف ، بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

ولما صدر قانون الوصية سنة١٩٤٦ أضاف للأوراق التى تجيز سماع الدعوى بالوصية أو الرجوع القولى عنها ، أن تكون ورقة الوصية أو الرجوع القولى عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها .

الدعاوى التى يشملها نص المادة ٩٨ لأئحة هى :-

١ - دعوى الوصية ، ودعوى الإقرار بها .

٢ - دعوى الإيصاء ، ودعوى الإقرار به .

٣ - دعوى الرجوع عن الوصية أو الإيصاء ، ودعوى الإقرار بالرجوع عن كل منهما .

٤ - دعوى العتق أو دعوى الإقرار بالرجوع عنه .

٥ - دعوى الإقرار بالنسب .

٦ - دعوى الشهادة على الإقرار بالنسب .

هذه الدعاوى جمعيها تكون بعد وفاه الموصى أو المعتق أو المورث .

وفى مجال سماع الدعوى بواحدة من هذه الدعاوى فى حالة أنكار المدعى عليه . فرق النص بين مرحلتين .

الأولى - الحوادث السابقة على سنة١٩١١ الافرنكية

يتعين بالنسبة لهذه الحوادث أن توجد أوراق خالية من شبهة التصنع ، تدل على صحة الدعوى . بمعنى أن الأوراق تدل بذاتها على صحة مايدعيه المدعى بدعواه . وتقدير خلو هذه الأوراق من شبهة التصنع متروك لقاضى الدعوى فى ضوء الأوراق المعروضة عليه .

ولا يشترط فى الأوراق التى تطلبها النص فى هذه المرحلة أن تكون أوراقا رسمية ، أو أن تكون موقعة من المتوفى أو مكتوبة بخط يده .

إذا كانت الأوراق المقدمة من المدعى غير خالية من شبهة التصنع - أى اصطنعها لخدمة الدعوى - فلا يجوز للمدعى أن يؤيدها بدليل آخر لأن النص اشترط وجود هذه الأوراق لتدل بذاتها على صحة الدعوى . فى حالة الأنكار من المدعى عليه .

الثانية : - الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الافرنكية .

يتعين لسماع الدعوى - عند الانكار - إن توجد أوراق رسمية أو توجد أوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وأن تكون موقعة بإمضائه وتدل على صحة الدعوى

الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون الوصية الصادر بالقانون رقم ١٩٤٦/٧١ نصت على أنه إذا كانت الدعوى بالوصية أو الرجوع عنها فيكفى أن تكون ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها وبذلك زاد قانون الوصية - فى مجال سماع الدعوى بالوصية أو الرجوع عنها - الورقة المصدق على توقيع الموصى عليها ، وإن لم تكن جميعها بخط يده . والكتابة هنا ليست ركنا فى الوصية . فلو أقر بها الورثة أو وجهت اليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية (٢) .

اشترط المشرع أوراقاً معينة لسماع الدعوى فى المواد الواردة بالمادة ٩٨ لائحة حتى يدرأ الافتراء ، ويتحرز من شبهة التزوير بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث - إذا كان هناك إنكار لمحل الدعوى وقد قضى بأن طلب أوراق رسمية تدل على صحة الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها ، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضاً فى محرر رسمى أو الإشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك (٣) ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى . لأن وجود الأوراق المشار إليها فى المادة ٩٨ ليس المقصود به أثبات صحة الوصية من الناحية الشكلية ، ولا إثبات صحة وقائعها من الناحية الموضوعية ، بل المقصود - قبل سماع الدعوى ، والسير فى موضوعها - التحقق من هـــذه الأوراق - من خلو الدعوى من شبهة التزوير ، وأن وقائعهـا تســـتند مبدئيا إلى مايؤيد صحتها . فكل ورقة تدل نصـــا أو أشـــارة

---

(٢) طعن ٢٣٤ /٣٧ ق س ٢٤ ص ١١٢١ .
(٣) طعن ٧ / ٤٧ ق س ٣٠ ع ١ ص ٨٩٧ .

أوضمناً تصلح لأن تكون قرينة على صدور الوصية – كمحضر التصديق على التوقيعات – تكفى مسوغا لسماع الدعوى بها ، ولو لم تكن كافية لإثباتها . ويصلح كذلك مسوغا لسماع دعوى الوصية كل ورقة تكون مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه وتفيد حصولها ، حتى ولو كانت هذه الأوراق ليست هى ورقة الوصية نفسها بأن كانت خطابا منه يشير إليها أو الأخبار عنها . وهذا المعنى هو مايفيده نص المادة ٩٨ سالفه الذكر ، بشأن مايجب أن تتضمنه هذه الأوراق ، وهى أنها تدل على صحة الدعوى .

الإنكار الذى عناه المشرع هو الإنكار المطلق سواء كان فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة . فإذا كانت الوصية غير منكورة سمعت الدعوى بها . وقد قضى بأنه إذ اقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس القضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها (٤) .

الأوراق التى تدل على صحة صدور التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٩٨ من الأئحة الشرعية أعم من أن تكون هى الورقة الوارد بها التصرف نفسه أو أى ورقة تدل على صدوره ، فلو أقر الورثة بالوصية سمعت الدعوى بها ، وإذا وجهت إليهم اليمن فنكلوا عنها سمعت الدعوى بها .

الرجوع عن الوصية .

أجاز القانون للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ، ويكون الرجوع فى الوصية الأختيارية ، لأنها تصرف بالأدارة المنفردة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، لأن الذى وجد من الموصى حال الحياة هو الإيجاب – وحده – ولم يرتبط به حق للغير ، والوصية لاتنفذ إلابعد الوفاة ، فإذا لم يكن لأحد حق حال حياة الموصى ، فهو حر فى رجوعه عن الوصية .

والرجوع يصح بالقول الصريح ، كما يصح بكل فعل يدل عليه ، وتقوم القرينة أو العرف على أن الموصى إراد بالفعل نقض الوصية . وقد يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقض الوصية وقد نصت المادة ١٨ من قانون الوصية فى فقرتها الثانية على أنه « ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها » ونصت الفقرة الثالثة « ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به » .

---

(٤) طعن ٥٧٦ /٣٤ ق س ٢١ ص ٢٤ .

وفى سماع الدعوى بالرجوع القولى عن الوصية – بعد وفاة الموصى – فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ يتعين أن يكون الرجوع ثابتاً بورقة رسمية أو ورقة عرفية كتبت كلها بخط المتوفى وعليها أمضاؤه ، أو بورقة عرفية قد صدق فيها على توقيع المتوفى . أما بالنسبة للحوادث السابقة على سنة١٩١١ فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

أما سماع الدعوى بالرجوع الفعلى عن الوصية فلا يحتاج فى إثبات الرجوع – بعد الوفاة – إلى ما يحتاج إليه الرجوع القولى وسبب ذلك أن الرجوع الفعلى يتمثل فى حوادث مادية يمكن أن تجرى عليها وسائل الإثبات العادية واضحة جلية (٥) .

وقد قضى بأن مفاد نص المادتين ٢ ، ١٨ من قانون الوصية رقم ١٩٤٦/٧١ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لاتنفذ إلا بعد الوفاة ، ولا يترتب عليها أى حق قبلها ، فيجوز للموصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها مادام حياً ، والرجوع الصريح يكون بأية عبارة ينطقها الموصى ، أو يكتبها تدل بوضوح على أنه غير راغب فى الإبقاء على الوصية ، وهو وحده الذى شرط المشرع لسماع الدعوى به بثوته بورقة رسمية أو ورقة عرفية كتبت كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو مصدق على توقيعه عليها فى الحوادث الواقعة من سنة١٩١١ الميلادية لأن الموصى إنما يقصد الرجوع إبتداء ويسعى إليه مما يحفزه إلى تحرير سند بإثباته . أما الرجوع الضمنى (دلالة) فيصح بأى فعل أو تصرف يصدر من الموصى بعد الوصية ينبىء عنه وتقوم القرينة أو العرف على أنه أراد بالفعل نقض الوصية أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها ، ولا يحتاج فى إثباته بعد وفاة الموصى إلى مايستلزم فى الرجوع الصريح لأنه ينصب على حوادث مادية لاحصرلها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات (٦) .

مادة – ٩٩ – لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة١٩١١ أفرنكيه سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها .

---

(٥) راجع شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهره ص ٢٤٦ ومابعدها .

(٦) طعن ٧ / ٤٥ ق س ٢٨ ص ٥٦٤ .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة الف وثمانمائه وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

ولا يجـوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين

أو من غيره فى الحـــوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائه وإحدى عشرة الإفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسميـة أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضــــاؤه كذلك .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنه ١٩٣١ .

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا (١)

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى (٢)

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق .

□□□

الفقرة الأولى من المادة ٩٩

المراد بالانكار فى هذه الفقرة وما يماثلها من المادة هو الإنكار حين الخصومة أمام القضاء ، والذى لم يوجد إقرار سابق ينافيه ولو لم يكن أمام مجلس القضاء

(١) عدلت هذه الفقرة بالقانون رقم ٨٨ / ١٩٥١

(٢) راجع الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون ٢٥ / ١٩٢٠ المستبدله بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ ونصها « لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضيه لأكثر من سنه نهايتها تاريخ رفع الدعــوى » وقضت المادة الخامسه من القانون المذكورة بأن يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون .

مادام ثابتا بالطريق الذى بينه القانون . فالإنكار الذى يعتد به هو الإنكار الذى يقع أمـام القاضى . أما الإقرار الذى ينافى هذا الأنكار فقد يكون أمام القاضى ، أو خارج مجلس القضاء مادام يمكن إثباته قانونا .

الدعاوى الواردة بالنص هى :

١ - دعوى الزوجية ٢ - دعوى الطلاق - دعوى الأقرار بالزوجية أو الإقرار بالطلاق .

أولا - دعوى الزوجية .

اختلف الرأى فى القضاء حول دعوى الزوجية ، فقد أتجهت بعض الأحكام إلى أن المقصود بدعوى الزوجية ، هى الدعوى التى يطلب فيها الحكم بالزوجية ، أى بأن فلانة زوجة لفلان ، أو فلانا زوجا لفلانة ، وسند هذا الرأى أن المشرع عبر فى النصوص بدعوى الزوجية ، كما جرى على تسمية دعاوى أخرى كدعوى النفقة ودعوى الطاعة . ولذلك يتعين أن يقتصر ، المنع من سماع دعوى الزوجية على الدعوى التى يطلب فيها الحكم بثبوت الزوجية ، أى ادعاء عقد الزواج فقط ، دون ما يترتب على عقد الزواج من آثار .

وقد سارت أحكام أخرى إلى أن عقد الزواج غير مقصود لذاته بل لما يترتب عليه من آثار ، وما أكثرها . فمدعى الزواج لا يقصد بدعواه - ولا يستفيد منها- إلا آثاره المترتبة عليه ، ولا يمكن أن يكون مقصد المشرع من النهى عن سماع دعوى الزوجية النهى عن سماع عقد الزواج فقط دون النهى عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج ، لأنه لو كان مقصده هذا لأصبح نهيه عديم الأثر والقيمة ، إذ فى استطاعة المدعى أن يترك دعوى عقد الزواج ويدعى بما يشاء من الآثار المترتبة عليه فتسمع دعواه ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى ، ثم هو فى غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج مادام يستطيع الحصول على الحكم له بمـا يشاء من آثار هذا العقد بدون استثناء ، وحاشا أن يكون قصد المشرع هذا العبث البعيد عن الحكمة . كما أن النص فى الفقرة الأولى على عدم سماع الدعوى - عند الانكار - بعد وفاة أحد الزوجين ، يفيد أن الدعوى لا تكون دعوى عقد زواج بل تكون الدعوى بحق مترتب على العقد كالميراث أو الصداق ، لأنه لا يمكن ادعاء عقد الزواج بعد وفاة أحد الزوجين مجردا عن دعوى حق آخر مترتب على عقد الزواج كالصداق أو الميراث

هذا فضلا عن أنه مع التسليم بأن دعوى الزوجية هى دعوى عقد الزواج لا غير فإن دعوى الطاعة ودعوى النفقة ودعوى الصداق أو الميراث أو غير ذلك بسبب الزواج هى دعوى عقد زواج وزيادة لأن الزوجة التى تدعى النفقة على زوجها تدعى عقد الزواج صراحة على زوجها المدعى عليه وتزيد فى ذلك دعواها استحقاق النفقة عليه فدعواها مؤلفة من جزئين : دعوى عقد الزواج ودعوى استحقاق النفقة ، وهى وإن كانت تطلب فى دعوى النفقة الحكم لها بالنفقة فقط ولا تطلب الحكم بالزواج إلا أن أساس دعواها فى كل حال دعوى عقد الزواج ثم يحكم بأثره المترتب عليه ، لأنه متى سقط الأصل سقط الفرع . وانتهى أصحاب هذا الرأى إلى أن المقصود « بدعوى الزوجية » هو دعوى عقد الزواج ، وكل دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كالنفقة والطاعة والميراث والصداق وغير ذلك .

وهناك فريق ثالث من الإحكام رأى أن المسألة تحتاج إلى التفصيل التالى :

١ – دعوى الزوجية – أى دعوى عقد الزواج الذى تكون فيه الزوجية محل نزاع بين الخصمين – هذه الدعوى لا شك أنها غير مسموعة إلا إذا وجد المؤيد لسماعها .

٢ – الحقوق التى تنشأ عن عقد الزواج فهى قسمان :

أ – قسم لا يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد الزواج إذا ادعى كالنسب والمهر فإنهما يثبتان بالوطء بشبهة ، فلا شك فى أن الدعوى بهما مسموعة ولو لم يوجد المؤيد لسماع دعوى الزوجية لأن القاضى لا يسمع فى ضمن الدعوى بهما دعوى زوجية بل يسمع دعوى وطء بشبهة مثلا ، وفيه استوفى الرجل منافع البضع فلزمه البدل من أجل ذلك .

ب – وقسم من الحقوق يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد زواج صحيح كالنفقة والطاعة والإرث ، فالدعوى بأحد هذه المواد لا يجوز سماعها إلا إذا وجد المؤيد لسماع دعوى الزوجية .

والرأى الأخير – وإن كان يحتاج إلى كثير من التعمق فى المواد المعروضة على القضاء – إلا أنه أقرب إلى الصواب وادخل فى تطبيق المادة ٢٨٠ لائحة التى يجرى حكمها بأن تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصه، فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

ومما لا شك أن اختلاف الرأى فى المسألة يدل على عدم النص عليها أو غموضه بشأنها مما يتعين معه الرجوع إلى فقه هذه المسألة .

ومما لا شك فيه أن دعوى الزوجية تتناول كل دعوى تتعلق بانعقاد عقد الزواج وشروط صحته أو نفاذه أو لزومه . وكذلك كل نزاع يدور حول تأبيد عقد الزواج وتأقيته . ذلك أن الواقع أن المطالبة بأثر ما ، ينطوى حتما على طلب آخر مندمج هو ثبوت وجود المؤثر . ومن ثم فان الطلب الذى لا يتصور إجابته إلا على أساس قيام الزوجية يكون معروضا على المحكمة معه الطلب المندمج وهو ثبوت قيام الزوجية ، مما يتعين معه بحث صحة هذا الطلب المندمج قبل الفصل فى موضوع الدعوى ، ولازم ذلك توافر شروط سماع دعوى الزوجية .

ثانياً : دعوى الطلاق .

الطلاق شرعا رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص . والخلاف حول وقوعه كثير الحدوث فى الحياة بين الزوجين وخلفهما ، والدعوى برفع قيد النكاح هى دعوى طلاق ، وهذه الدعوى لها خطرها لتعلقها بحل أو تحريم المرأة ، وفى هذا حق الله تعالى كما أن فيها حق العبد أيضاً .

ودعوى الطلاق المقصودة هنا هى الدعـوى التى ترفع بعد وفاة أحـد الزوجين فى الحـوادث السابقة على سنه ١٩١١ ســواء كان رافع الدعوى هو أحد الزوجين ، أم غيره .

اشترطت الفقرة الأولى من المادة ٩٩ لائحة لسماع دعوى الطلاق الواردة فيها ما يأتى :

١ — أن تكون الدعوى بالطلاق قد رفعت بعد وفاة أحد الزوجين بمعنى أن الزوج الأخر على قيد الحياة . فإذا رفعها هذا الأخير كان المدعى عليه فيها هو خلف الزوج المتوفى يستوى أن يكون خلفا عاماً أو خاصاً .

٢ — أن تكون واقعة الطلاق سابقة على سنه ١٩١١ الميلادية .

٣ — أن يقدم رافع الدعوى تأييدا لدعواه ، أوراقا خالية من شبة التزوير وتدل على صحة الدعوى ، بمعنى أنه يتعين على المدعى أن يقدم هذه الأوراق لتدل أولاً على قيام الزواج ، ثم يقدم ما يدل على حدوث الطلاق .

٤ — أن يكون هناك إنكار للدعوى من المدعى عليه ، والإنكار الذى يعتد به هو الإنكار حين الخصومة ، أمام القضاء ، بشرط ألا يكون هناك إقرار سابق ينافى هذا الإنكار ، ولو لم يكن الإقرار فى مجلس القضاء مادام ثابتا بالطريق الذى رسمه القانون .

هذا ويجب ملاحظه أنه عند الاختلاف فى صحة الطلاق يكون الاحتياط هو عدم وقوع الطلاق المشكوك فى دليل صحته ، لأن فى إيقاعه تحريم الزوجة على زوجها وإباحتها للأجنبى . والأولى بالاتباع هو ألا تحرم على الزوج امرأته التى نحن على يقين من أن الله أباحها له وحرمها على سواه . وليس الورع فى اتباع الظنون والمحتملات .

دعوى الإقرار بالزوجية أو بالطلاق .

الإقرار شرعا إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه . وقضى بأن الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو فى المستقبل باللفظ أو ما فى حكمه (٧) وسبب الإقـــرار إسقاط الواجب عن ذمة المقر بإخبـاره وإعلامه لئلا يبقى – الواجب – فى تبعته . كما أنه إعفاء للمقر له من عبء الاثبات .

الإقرار بالزوجية جائز فيجوز للرجل أن يقر بالزوجية ، ولا يتم ذلك إلا بتصديق الزوجة وخلوها من موانع النكاح من هذا المقر ، كان تكون فى عصمة زوج آخـر أو فى عدته . ويجوز للمرأة أن تقر بالزوجية متى انتفت الموانع وصدقها الرجل .

إذا أقر الرجل أنه تزوج فلانة وصدقته فى حياته أو بعد موته كان الإقرار جائزا لأن النكاح ظهر فى حق الرجل بإقراره . ومتى ظهر النكاح لا يبطل بعد ذلك بجحود الرجل – المقرر ، لأن جحوده رجوع عن الإقرار ، والرجوع عن الإقرار باطل . لأن تصديق المقر له إذا اتصل بالإقرار استند التصديق إلى وقت الإقرار وكان كالموجود وقته فيثبت النكاح .

إذا أقرت المرأة – فى الصحة أو المرضى – أنها تزوجت فلانا بمهر كذا فإن صدقها الزوج فى حياتها يثبت النكاح ، ولا يؤثر فى ثبوته جحودها بعد ذلك ، لأن تصديق الزوج اتصل بإقرارها ، فيستند التصديق إلى وقت الإقرار ، ويكون كالموجود وقته . وجحود المرأة بعد إقرارها – واتصال تصديق الزوج بإقرارها – باطل . أما إذا صدق الزوج بعد موتها ففى ثبوت النكاح رأيان :

ابو يوسف ومحمد : يثبت النكاح اعتباراً لجانب المقرة بجانب المقر له . لأن النكاح ينتهى بالموت ، والمنتهى متقرر فى نفسه فيصح التصديق فى حال تقرر المقر به كما يصح قبل تقرره . ولهذا يستحق المهر والميراث .

---

(٧) طعن ٤٨٢ / ٣٩ ق ٢٣ / ٢ / ٧٧ .

أبو حنيفة : يقول بعدم ثبوت النكاح ولا ميراث للزوج منها لأن الفراش للزوج على زوجته وليس لها عليه ، وتقرير هذا من عدة أوجه :

١ – أن العدة تبقى بعد موت الرجل على المرأة ، والعدة من حقوق النكاح على المرأة فبقاؤها كبقاء النكاح فى صحة التصديق ، أما بعد موت المرأة فلا عدة فى جانب الزوج ، وفات المقربه – الزوجية – لا إلى أثر ، فلا يعمل بتصديق الرجل بعد ذلك .

٢ – إن الزوج مالك لحكم النكاح ، والمرأةمحل الملك ، وبعد فوات المحل – موت المرأة – لا يتصور بقاء الملك حكما . إذ الملك يبقى ببقاء المحل ، ولهذا عمل بتصديق المرأة بعد موت الزوج ، ولا يعمل بتصديق الزوج بعد وفاة المرأة .

٣ – الفراش للرجل على المرأة ، وفى تصديق الزوج بعد موت المرأة ، يعد مدعيا لنفسه ، وليس مقرا لها بشىء لأن حقها كان فى ملك الحل ، وقد انقطع بموتها بالكلية . أما بعد موت الزوج فالتصديق من المرأة إقرار له على نفسها بالفراش فيصح التصديق بهذا الطريق ، وينبنى عليه حكم الميراث والمهر .

والرأى الذى ذهب إليه أبو حنيفه أقوى فى حججه .

الإقرار بالطلاق .

إذا أقر الرجل أنه طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره ، وقالت المرأة ما طلقنى ، أو تزوجت غيره ودخل بى ، يفرق بينهما ، لإقراره بذلك (٨)

إذا أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ ثلاثة أشهر ، فإن كان تزوجها منذ شهر لم يقع عليها شىء بإقراره لأنه أضاف الطلاق إلى وقت قبل النكاح ، ولا طلاق قبل النكاح . أما إذا كان تزوجها منذ أربعة أشهر وقع عليها الطلاق لكون الزوج مالكا للانتفاع فى الوقت الذى أسند الطلاق إليه . وفى حكم عدتها ، فإذا كانت قد صدقته فى الإسناد فعدتها من حين وقوع الطلاق ، وإن كذبته فى الإسناد فعدتها من وقت إقرار الزوج بالطلاق لأن فى العدة حقها من حيث إنها تستوجب النفقة والسكنى فلا يقبل قوله فى الإسناد إذا لم تصدقه فى إقراره لما فيه من إبطال حقها .

---

(٨) عليه نصف المهر قبل الدخول وجميع المهر ونفقه العدة بعد الدخول .

يشترط لسماع دعوى الإقرار بالزوجية أو الطلاق فى حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٩ لائحة ما يأتى :

١ — أن تكون الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين .

٢ — أن يكون الإقرار فى الحوادث السابقة على سنه ١٩١١ .

٣ — أن تكون الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره .

٤ — أن توجد أوراق مؤيدة للدعوى خاليه من شبهة التزوير تدل على صحتها .

وحكم الإقرار ينحصر فى أمرين أولهما كونه حجة قاصرة على المقر وحده . وثانيهما كون الإقرار حجة بنفسه .

الفقرة الثانية : ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية (٩) أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

□□□

الشهادة بالشهرة العامة مبنية على ما اشتهر بين الناس دون أن يقول الشاهد أنه سمع من شخص معين ، فهى ليست شهادة بالمعنى الصحيح ، ويمكن ادخال ما جاء عن الشهادة بالتسامع تحت باب الشهادة بالشهرة العامة كاعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود إذ تدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقا لما عرفوه من طريق الشهرة العامة .

ويصح ادخال ما جاء عن الشهادة بالتسامع تحت باب الشهادة بالشهرة العامة (١٠) .

وقد جاء فى البدائع فى صدد الشهادة بالتسامع أن من شروط تحمل الشهادة أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره ، إلا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام

---

(٩) راجع التعليق على الفقرة السابقة .

(١٠) راجع رسالة الاثبات جزء ١ ص ٥٤٨ للأستاذ أحمد نشأت والوسيط جزء ٢ للدكتور السنهورى ص ٣١٥ – ٣١٧ .

للشاهد « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة ، وهي النكاح والنسب والموت ، فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه لأن مبنى هذه الشهادة على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح . وقد اختلفوافي تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء ، فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة . فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر . وذكر الخصاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة بل بخبرهما ، ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل ، كذا هذا ، ولو أخبره رجل أو امرأة بموت أنسان حل للسامع أن يشهد بموته ، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت والنكاح والنسب . ووجه الفرق أن مبنى هذه الأشياء وأن كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب . لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت ، لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد ، بأن يقول أني لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى لو شهد كذلك لا تقبل (١١) .

وجاء في فتح القدير « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين » (١٢) .

أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٩ سماع الدعوى - دعوى الزوجية أو الإقرار بها - في الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ بشهادة الشهود واشترطت لذلك -

١ - أن تكون الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، ومؤدى ذلك أن الدعوى المقامة من غير الزوجين كالوارث مثلا لا تسمع إلا إذا تحقق لها شروط المادة ٩٩ / ١ -

---

(١١) البدائع للكاساني جـ ٦ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(١٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام جـ ٦ ص ٢٠ .

٢ — أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة – بأن يكون الزوجان قد ظهرا أمام الخاص والعام بمظهر يدل على معاشرة أساسها عقد الزوجية مما يرجع فيها إلى شهادة التسامع

٣ — انكار الخصم للحق المدعى به .

وقضت محكمة النقض أن مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية – والمقابلتين لذات الفقرتين من المادة ١٠١ من اللائحة الشرعية الصادر بها الأمر العالى الرقيم ٢٧ / ٥ / ١٨٩٧ واللائحة الصادرة بالقانونين رقمى ٢٥ / ١٩٠٩ ، ٣١ / ١٩١٠ أن المشرع بالنظر لما اثبتته الحوادث من أن الزواج كثير ما يدعى زورا طمعا فى المال أو رغبة فى النكاية والتشهير ، يشترط وجود مسوغ لسماع دعاوى الزوجية عند الانكار . ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ بحيث تبقى قواعد الاثبات فيها على أصلها فى الفقة الحنفى مما مؤداه ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود والنصاب العادى . إلا أنه إذا أقيمت الدعوى من أحد الزوجين فيكتفى فيها بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة . أما إذا أقيمت من غيرهما بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما فلا تسمع إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير ، ولم يورد القانون تحديد لماهية هذه الأوراق فيترك أمر تقديرها للقاضى . (١٣)

الفقرة الثالثة :

الدعاوى التى يشملها حكم الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ لائحة هى الدعاوى المنصوص عليها فى الفقرتين الأولى الثانية من المادة المذكورة . وهذه الدعاوى هى :

١ — دعوى الزوجية　　　٢ — دعوى الطلاق

٣ — دعوى الإقرار بالزوجيه　　　٤ — دعوى الإقرار بالطلاق .

ويشترط لسماع الدعوى طبقا لهذه الفقرة مايلى :

١ — أن تكون واقعة الدعوى قد حدثت فى المدة من سنه ١٩١١ .

---

(١٣) نقض ٣ / ٤٣ ق (١٠ / ٣ / ٧٦ س ٢٧ ص ٦٠٢ .

٢ – أن ترفع الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين أو كليهما . ولذلك قد يكون رافع الدعوى أحد الزوجين ، أو غيرهما ممن له صفه فى رفعها .

٣ – إن تكون هناك انكار من المدعى عليه للحق المدعى به .

٤ – أن يكون الدعوى ثابته باوراق رسميه أو مكتوبة كلها بخط المتوفى من الزوجين ، وعليها امضاؤه كذلك . والغرض من هذه الأوراق هو سماع الدعوى أولا وليس مناقشة موضوعها . ولذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يناقش ابتداء – أمام المحكمة – فى موضوع الدعوى بناء على هذه الأوراق كأن يناقش ثبوت الزوجية من المتوفى أو الطلاق المدعى به ، أو الإقرار بأيهما ، وإنما يتعين أولا أن تكون الدعوى مسموعة ثم بعد ذلك يبدأ مناقشة موضوعها .

الأوراق الرسمية المطلوبة لثبوت الدعوى يستوى أن تكون الرسمية فيها صادرة من موظف مختص بتحريرها ، أو أن يكون الموضوع المدعى به قد ورد عرضا فى محرر رسمى كأن يعترف بالزوجية أو الطلاق أو الإقرار بأحدهما فى ورقة رسمية غير معدة لإثبات ذلك كعقد بيع رسمى مثلا .

الفقرة الرابعة .

دلت الحوادث على أن عقد الزواج – وهو أساس رابطة الأسرة – لازال فى حاجة إلى الصيانة والاحتياط فى أمره . فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجحده أحدهما ، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء . وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا ، أو نكاية وتشهيرا أو ابتغاء غرض آخر ، اعتمادا على سهولة اثبات الزوجية بالشهود ، وخصوصا وأن الفقة أجاز الشهادة بالتسامع فى الزواج . وقد تُدعى الزوجية بورقة عرفية ، إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مـــراراً ، وما كان لشىء من ذلك أن يقع لو أثبت العقد دائما بوثيقة رسمية ، كما فى عقود الرهن وحجج الأوقـــاف وهى أقل منه شـأنا وهو أعظم منها خطـــرا ، فحملا للناس على ذلك ، وأظهارا لشرف هذا العقد ، وتقديساً له عن الجحود والإنكار ومنعا لهذه المفاسد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة زيدت الفقـــرة الرابعة من المادة ٩٩ وبذلك أصبحت دعاوى الزوجيـــة والإقرار بها لا تسمــــع عند الإنكار فى الحـــوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ بدون وثيقـــة رسمية فى حال حياة الزوجين أو بعد وفاتهمــــا . (المذكره الايضايحيه) .

سماع الدعوى طبقا لهذه الفقرة شرطه :

١ – أن تكون الزوجية المدعـــاة أو الإقرار بها واقعة من أول أغسطس سنه ١٩٣١ .

٢ – أن تكون الزوجية – أو الإقرار بها – ثابتة بوثيقة زواج رسمية . غير أن من المحاكم من سمعت دعوى إثبات زوجية حاصلة في سنه ١٩٣٥ من غير تقديم وثيقة زواج إذا دلت الملابسات والظروف على حصول خطأ من المأذون أدى إلى عدم إثباته هذا الزواج بوثيقة رسمية ، وقالت المحكمة إن المدعى عليه أقر بأن الخطاب المقدم من المدعية صادر منه لها ، وهذا الخطاب يشتمل على جملتين يستدل منهما على الإقرار بالزوجيه ، وإذ اعترف بهذا الخطاب وأنه منه ، ويعد هذا اقرارا فلا يوجد مانع من سماع الدعوى لأن عدم سماعها إنما هو في حالة الانكار . وبعد هذا نظرت الموضوع وقررت أن الزوجية قد ثبتت بالأدلة المعتبرة شرعا من ذلك شهادة أكثر من شاهدين من الشهود الذين شهدوا أن مأذون الناحية باشر عقد الزواج ولكنه لم يثبته في دفتره ، كماثبت من أقوال الشهود أن هذا الزواج كان مشهورا . كما قضى بأنه إذا اعترف المدعى عليه أمام المحكمة بالخطاب المتضمن إقرارا صحيحا بالزوجية ، وأنه منه ، فإنه لا يوجد ما يمنع من سماع الدعوى لأن عدم سماعها أنما يكون في حاله الإنكار فقط (١٤)

وثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها كالقاضى والمأذون في داخل جمهورية مصر العربية ، وكالقنصل في خارجها ، وكالموثق في مكتب التوثيق ، ومو ثق إحدى الطوائف غير المسلمة . وقد نصت المادة ١٨ من لائحة المأذونين على أن « يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين وغير خاف أن هذه الوثيقة إما أن تكون انشائية أو بطريق التصادق على الزوجية ، إذ أن كلا منهما يطلق عليه وثيقة زواج فكل إنشاء زواج أو تصادق عليه ، أثبته القاضى في مضبطته أو محضره أو أثبته المأذون في دفتره أو القنصل في سجله كان ذلك وثيقة رسمية بالزواج أو التصادق عليه .

محضر القاضى المثبت فيه تصادق الزوجين وحده وثيقة رسمية بالزواج بالنسبة للزوجين .

---

(١٤) مبادىء القضاء في الأحوال الشخصية ص ٥٦٢ وما بعدها .

٣ — إلا يكون هناك إنكار من الخصم للحق المدعى به .

هذا ويشترط للحكم بعدم سماع الدعوى أن يكون النزاع فيها وارداً أصلا على ثبوت الزواج وعدمه . فقد تكون دعوى الزوجيه مطروحه على المحكمة ضمن دعوى حق آخر ، ومنكورة من جانب المدعى عليه بها ، ففى هذه الحالة يتعين الحكم بعدم سماع الدعوى إذا لم تتوافر الشروط السابقة – وذلك باستثناء دعوى النسب (١٥) أو دعوى المهر للوطء بشبهه (١٦) . وقد قضى بأن مفاد الفقرة الرابعة من المـــادة ٩٩ لائحة أن دعوى الزواج لا يثبت بعد آخر يوليو سنه ١٩٣١ إلا بوثيقة رسمية صادرة من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو يقربها المدعى عليه فى مجلس القضاء ، سواء كانت دعوى الزواج مجردة أم ضمن حق آخر باستثناء دعوى النسب . ولو ورد النص عاماً موجها الخطاب فيه للكافة فإن المنع يسرى على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر ، كما يسرى على الدعاوى التى يقيمها ورثة أحدهما ، ويسرى أيضاً على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامه فى الأحوال التى تباشر فيها الدعوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته . لما كان ذلك وكان ثبوت زواج المطعون ضده بالطاعنة الأولى هو الأساس الذى يبنى عليه المطعون ضده طلباته سواء الطلب الأصلى بإبطال عقد زواج الطاعنين أو الطلب الاحتياطى بالتفريق بينهما ، فيعتبر الادعاء بالزوجية مطروحا ضمن حق آخر ، ومتى كانت هذه الزوجيه المدعى بها غير ثابتة بوثيقة رسمية ومنكورة من جانب الطاعنة الأولى ، فإن الدعوى المؤسسة على ثبوتها تكون غير مسموعة . ولا يغير من ذلك طلب المطعون ضده فى الطلب الاحتياطى سماع الدعوى بصفته « محتسبا » لأن المحتسب هو من الغير فيشمله عموم الحظر (١٧) وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد الحكم المستأنف القاضى بالتفريق بين الطاعنين استنادا إلى أن الطاعنة الأولى سبق لها الزواج بالمطعون هذه بعقد عرفى يكون قد خالف القانون .

---

(١٥) ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا الفقرة أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب

(١٦) النزاع فى دعوى المهر فى هذه الحالة هو نزاع حول الوطء . وعدمه ولذلك لا يشترط لسماع الدعوى وثيقة الزواج الرسمية .

(١٧) طعن ٣ / ٥٠ ق س ٣١ جزء ٢ ص ٢١٩٠ .

دعوى صحة الرجعة

إذا كان النزاع يدور بين الزوجين حول صحة الرجعة فلا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية ، ذلك أن الرأى عند الحنفية أن الرجعة هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج جديد ، بل امتداداً للزوجية القائمة ، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الاشهاد عليها ، ولا رضا الزوجة ولا علمها ، مما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ لائحة بالنسبة لدعوى الزوجية .

تختلف الرجعه عن النكاح فى الأمور الآتيه :

١ – لا يصح النكاح إلا بشهود ، أما الرجعة فتجوز بدون شهود .

٢ – لابد فى النكاح من رضا المرأة ، أما فى الرجعة فلا يشترط رضاها .

٣ – الزواج لا يصح بدون مهر ، أما الرجعة فلا مهر فيها .

٤ – النكاح لا يصح فى عدة المرأة ، أما الرجعة فلا تصح إلا فى عدة المطلقة رجعيا .

دعوى الإرث بسبب البنوة ..

دعوى الإرث بسبب البنوة دعوى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية ، أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها ، فإن إثبات البنوة الذى هو سبب الإرث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد سماع دعوى الزوجية أو الأقرار بها حيث منع فى الفقرة الرابعة من تلك المادة من سماع الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنه ١٩٣١ ، إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب ، سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى مال ، فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة . ولما كان إثبات البنوة وهى سبب الإرث فى النزاع الراهن بالبينة جائزا قانونا فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود ومطلوب بالدعوى (١٨)

---

(١٨) طعن ٢١ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ٩٠٣ .

دعوى الإرث التى ترفعها المطلقة بائنا فى مرض الموت .

نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١١ « من قانون المواريث على أن » تعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ، ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته » . وهذا هو مذهب الأحناف حتى يعامل المطلق بنقيض مقصوده ، حيث قصد الفرار من الميراث . وقد اقتصر الحكم بتوريثها على فترة العدة – فإذا مات المطلق وهى فى عدته ورثته – وذلك لبقاء بعض أثار الزواج وهو العدة . أما إذا خرجت المطلقة من العدة فلا سبيل إلى توريثها لأنها أصبحت أجنبية عن المطلق .

ويسمى الميراث هنا ميراث الفار وشرطه :

١ – أن يقع الطلاق بائنا فى مرض الموت .

٢ – أن يموت المطلق بسبب هذا المرض ومطلقته فى العدة .

٣ – أن لا ترضى المطلقة بالطلاق .

إذا توافرت هذه الشروط كان للمطلقة بائنا أن ترث مطلقها وتستحق قدر ميراثها منه الربع أو الثمن حسب وجود الفرع الوارث للمتوفى وعدم وجوده .

أخذ الاحناف بتوريث المطلقة بائنا فى مرض الموت على سبيل الاستحسان ، لأن القياس عندهم أنها لا ترث شيئا لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ، والحكم لا يثبت بدون سببه ، وقد طلقت بائنا قبل الموت .

إذا ماتت المطلقة بائنا فى مرض الموت وهى فى عدة مطلقها ، فإن الأخير لا يرثها لأنه هو الذى رفع سبب الأرث باختيـــاره ، ولم يكن له حق فى مالها فى فترة العدة .

قد يعلق المريض مرض الموت طلاق زوجته . والتعليق له صور هى :

١ – أن يعلق طلاقها بفعل نفسه فيقول إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم دخل الدار فلها الميراث إذا مات وهى فى العدة ، سواء كان التعليق والوقوع فى المرض أو كان التعليق فى الصحة والوقوع فى المرض لأنه متهم بالفرار والقصد إلى أبطال حقها عن ماله . كما أنه لما أقدم على الشرط فى المرض مع علمه أن التطليقات عنده تقع ، فقد صار قاصدا إلى ابطال حقها فيجعل ذلك التعليق كتنجيز الطلاق فى هذه الحالة . ويستوى فى هذه الحالة أن يكون الشرط فعلا له

منه بد أو لا بد له منه كالأكل والشرب لأنه إن لم يكن له من الفعل بد فقد كان له من التعليق ألف بد .

٢ — أن يعلق طلاقها بفعل اجنبي .

إذا كان تعليق الطلاق في المرض فللمطلقة الميراث إذا مات في العدة لأن المطلق قاصد إبطال حقها عن ماله ، فهذا التعليق والتنجيز في حقه سواء . أما إذا كان التعليق في الصحة ففعل الأجنبي ما علق عليه الطلاق في مرض المطلق فلا ميراث لها منه لانه لم يوجد من الزوج قصد الفرار ، لأنه حين علق الطلاق على فعل الأجنبي لم يكن لها حق في ماله ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك في وجود الشرط ، ولا كان متمكنا من المنع لأنه ما كان يقدر على أبطال التعليق ، ولا على منع الأجنبي من ايجاد الشرط . وقال زفر لها الميراث إن مات وهي في العدة . لأن المعلق بالشرط – عنده – عند وجود الشرط كالمنجز من المعلق فيصير عند فعل الأجنبي كأن الزوج طلقها ثلاثا وهو مريض .

٣ — أن يعلق طلاقها بمضي الوقت كأن يقول إن جاء أول الشهر فأنت طالق . فإذا كان التعليق في المرض فلها الميراث منه لوجود قصده إلى إبطال حقها بعد ما تعلق بماله . وإن كان التعليق في الصحة ثم جـاء أول الشهر وهو مريض لم ترثه .

٤ — أن يعلق طلاقها بفعلها .

إذا كان التعليق في المرض ، والفعل فعل لها منه بد كدخول الدار ففعلت فلا ميراث لها . لأنها لما أقدمت على ايجاد الشرط مع استغنائها عنه فقد صارت راضية بسقوط حقها عن ماله ، فيكون هذا بمنزلة مالو سألته الطلاق . أما إذا كان الفعل فعلا لابد لهـا منه كالأكل والشرب وغيره فلها الميراث إذا مات وهي في العدة ، لأنها مضطرة إلى ايجاد الشرط فلا تصير بالإقدام عليه راضية بسقوطحقها في ماله . أما إذا كان التعليق في الصحة ففعلت في المرض ، فإن كان لها من الفعل بد فلا ميراث لها إن مات وهي في العدة . وإن لم يكن لها من الفعل بد فلها الميراث عند أبي حنيفه وابى يوسف لأنها مضطرة إلى الاقدام على هذا الفعل ، فإن لم تقدم على الفعل تخاف على نفسها ، وإن أقدمت سقط حقها فكانت مضطرة ملجأة ، وهو الذى الجأها إلى ذلك ، والأصل أن الملجأ يصير آله للمجيء ، والفعل في الحكم كالموجود من الملجيء فبهذا تصير كأن الفعل من الزوج حكما فلها الميراث . ويقول محمد لا ميراث لها لأنه حين علق

الزوج الطلاق لم يكن لها في ماله حق فلا يتهم بقصده الفرار ، ولم يوجد بعد ذلك منه صنع . (١٩)

الفقرة الخامسة

جاء بالمذكرة الإيضاحية : كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة وقت العقد أقل من ست عشرة سنة وثماني عشرة سنة للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد ، فرئى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية ، أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة . والنهي عن سماع الدعوى في هذه المادة غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، بل هو نهي مطلق سواء كانت الزوجية منكورة من المدعى عليه أم معترفا بها ، لأن النهي عن سماع هذا النوع من الدعاوى ليس الدافع إليه الرغبة في محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة انكار المدعى عليه وانما الدافع إليه هو أن المشرع يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة تنتج عنه مضار اجتماعية ، فمنع مباشرة عقد الزواج قبل هذه السن ، منع سماع دعاوى الزوجية إذا حصل العقد قبل بلوغ السن إلا بأمر خاص يصدر من ولى الأمر ، وما دام هذا هو الغرض من منع سماع الدعوى ، فيستوى فيها إقرار المدعى عليه بالزوجية وإنكاره إياها (٢٠)

قضى بأن النهي عن سماع دعوى الزوجية في قانون تحديد سن الزواج هو نهي مطلق غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، وأن دعوى الزوجية في هذا القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج وأى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو دعوى الصداق أو الميراث (٢١)

وتشمل دعوى الزوجية كل دعوى تتعلق بانعقاد عقد الزواج ، أو شروط صحته ، أو نفاذه ، أو لزومه . كما تشمل الدعوى النزاع حول تأبيد عقد الزواج بأن يدعى المدعى أن عقد الزواج قد اقترن بما يدل على تأقيته صراحة . ومثل هذا العقد حكم الفقهاء ببطلانه ، كما حكموا ببطلان زواج المتعة .

---

(١٩) المبسوط جزء ٦ ص ١٥٧ .

(٢٠) راجع التعليق على الفقرة الأولى .

(٢١) يلاحظ أن دعوى النسب لها وضع خاص وأن طلب المهر بناء على الوطء بشبهة لها ايضا وضع خاص لأن النزاع فيها يدور حول الوطء من عدمه .

باطل النكاح وفاسده مترادفان عند الأحناف ، لكن قالوا نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة فلا يحد فيه ، وعند الصاحبين يحد فيه . وفي جامع الفصولين ، نكاح المحارم قيل باطل ويسقط الحد لشبهة الاشتباه ، وقيل فاسد ويسقط الحد لشبهة العقد .

شبهة الاشتباه هي شبهة الفعل ، والفعل هنا هو الوطء الذي يشتبه على الواطيء حرمته ، أي يقوم في حقه اشتباه ظن حل الوطء . ويشترط فيها أن يدعي الواطيء ظن حل الفعل لأن العبرة بدعوى الظن لا للظن نفسه . فإذا لم يدع - وإن حصل له ظن الحل - فإنه يحد . ولا يحد إن ادعى - وأن لم يحصل له ظن الحل - . ولابد أن يعلم القاضي أنه ظن حل الوطء حتى يدرأ عنه الحد ، وعلم القاضي ظن الحل لا يكون إلا بالدعوى . والدعوى قد تكون من الرجل أو المرأة لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل - من أحد الجانبين - تتعدى إلى الجانب الآخر .

شبهة العقد - هي ما يوجد فيها العقد صورة لا حقيقة . كمن عقد على محرم له نسبا أو رضاعا أو صهرية . أو من حرمت عليه تحريما مؤقتا ، فوطئها فإنه لا يحد . ويشترط لاسقاط الحد عنه أن يظن الحل - أما إذا علم الحرمة لا يسقط الحد عنه .

حكم النكاح الفاسد - أو الباطل - وجوب التفريق بين الزوجين إن لم يفترقا - لأن هذا الفساد يجب رفعه . وتجب فيه العدة بعد الوطء لا بعد الخلوة سواء كانت صحيحة أم فاسدة . ويثبت فيه النسب احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه .

النكاح الفاسد إذا وقع التفريق أو المتاركة قبل الوطء أو ما يقوم مقامة - كاللمس والنظر بشهوة - لا تثبت به حرمة المصاهرة ، ولا تجب فيه النفقة ، ولا يتوراث فيه الزوجان ، ولا يجب المهر على الزوج إلا إذا دخل بها على الصور المأذون بها شرعا في النكاح .

الفقرة السادسة

يتحدد نطاق الدعوى المنصوص عليها في الفقرة السادسة بما يلي :

١ — أن تكون الدعوى مرفوعة من الزوج غير المسلم بطلب التطليق .

٢ — إلا يكون الزوج يهوديا ربانيا لأن هذه الطائفة تجيز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة بسبب أو لغير سبب .

٣ – إلا يكون أحد الزوجين كاثوليكيا لأن الكاثوكيلى لا يستطيع الحصول على حكم بالتطليق .

جاء بالمذكرة الايضاحية لهذه الفقرة .. أن المحاكم الشرعية كانت تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من احدهما على الآخر ، وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذا المطلق الزواج من آخر للتقاليد المتبعة فى ملتها ، فتبقى معلقة لا تتزوج ، وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها ، فرؤى معالجة هذه الحالة عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق . ولذلك قضى بأن النص قصد – وعلى ما يبين من المذكرة الايضاحية – التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم ، وبين الطوائف التى لا تدين بالطلاق وهم الكاثوليك فمنع سماع دعوى الطلاق بينهم دفعا للحرج والمشقة (٢٢)

الفقرة السادسة تدل على أن الدعوى لا تسمع إذا كان الطرفان لايدنيان بالطلاق وتسمع إذا كانا يدينان به لأنها اشتملت على مستثنى ومستثنى منه ، وحكم المستثنى طبقا لقواعد اللغة يغاير حكم المستثنى منه ، وقد بينت المذكرة الايضاحية ذلك المعنى حين ذكرت أن بعض الطوائف تدين بالطلاق وبعضها لا تدين به ، وجعلت لكل حكم وبينت السبب والحكمة من وضع هذه الفقرة ، وكان الحكم قبل وضعها هو تطبيق حكم الإسلام فيتعين الاقتصار على المستثنى فى هذه الفقرة .

يدينان بالطلاق الواردة بالنص ومعناها أن الزوجين يعتقدان بمبدأ شرعية الطلاق لأن دينهما يقره وإن كان هذا الطلاق متوقفا على توافر موجبه (٢٣) وقضى بأن مؤدى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ لائحة أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك (٢٤)

---

(٢٢) طعن ٣ / ٣١ق س ١٤ ص ٢٢٣

(٢٣) » ٣٦ / ٢٩ ق س ١٤ ص ٢١٠

(٢٤) طعن ٨ / ٣٦ ق س ١٩ ص ٢٩٣

الأدلة الشـــرعية

الأدلة الشرعية محصورة فى ثلاثة بحسب ما ورد فى متون الفقة وهى :

١ — الإقرار . ٢ — الشهادة . ٣ — النكول عن الحلف .

وزاد بعض الفقهاء ١ — علم القاضى ٢ — القرينة القاطعة ، ٣ — القسامة ٤ — اليمين . غير أن المادة ١٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل الغائها بالقانون رقم ٤٦٢ قد نصت على أن « الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من اقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة » وقد بينت المذكرة الايضاحية لهذا النص أنه « ليس الغرض من الدليل الذى يقدم للقضاء سوى إبانة الحق وإظهاره . وقد يوجد فى الدعوى من القرائن القاطعة ما يرجح كفة أحد الخصمين ويدل على الحق فى الخصومة ، وليس من العدالة ولا من الحق أن تهدر دلالتها ، ويحجر على القضاء الأخذ بها ، وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها واعتمد الفقهاء فى صدر الإسلام فى أقضيتهم عليها ، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة وعرف الدليل للارشاد إلى إلى ما هو المقصود منه لتيسير القضاة فى التطبيق على وفقه .

غير أن تطبيق لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم يعد قاصرا على الأدلة الشرعية فى مجموعها على الوجه المتقدم ، وأنما تتبع احكام قانون المرافعات فى الأجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية ، وذلك فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها . وذلك عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ .

ويلاحظ أن مفاد المادة الخامسة سالفة الذكر والمادة ٢٨٠ لائحة أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل – فى حد ذاته – وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، ولذلك يتعين الرجوع إلى المواد الخاصة بهذه الأدلة فى قانون الإثبات فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية . إما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الدليل وبيان قوته وأثره القانونى

فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية . (١) والحكمة التى ابتغاها المشرع من ذلك هى احترام القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك إخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق احكام شريعتهم . ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد نص فى المادة الثالثة عشر من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ على الغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو الخاص بالأدلة ، ولم يستبق من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الإنكار وشهادة الاستكشاف فى النفقات والشهادة على الوصية ، إذ لم يقصد بهذا الإبقاء الخروج على الأصل المقرر بمقتضى المادة ٢٨٠ لائحة التى أحالت اليها المادة السادسة من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ السالف الإشارة اليها .

إثبات الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها فى إثبات وقوعه وكيف يكون مقبولا شرعا (٢)

شهادة القابلة وحدها أو أية امرأة مسلمة عدلة تكفى لإثبات الولادة ، وقد قضى بأن الراجح فى مذهب الحنفية ، وهو قول الصاحبين ، أنه يكتفى لإثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن إذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو بأية امرأة مسلمة عدلة ، والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما أتت المعتدة بالولد فى مدة يحتمل أن يكون من مطلقها فهى شهادة على مجرد الولادة ، وثبوت النسب إنما يجىء تبعا لا قصدا ، ويكون استلزام الشهادة الكاملة هنا على غير أساس (٣)

العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش غير أن الفقهاء نصوا على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعانيه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة الشرعية الحقيقية أو الحكمية ، فمن شهد أن رجلا وامرأة يسكنان فى موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية ، وهى ما تكون بالتواتر (٤)

---

(١) طعن ٢١ / ٣٨ ق س ٢٣ ص ١٣٧٧
(٢) طعن ٤٨ / ٣٠ ق س ١٤ ص ٣٢
(٣) طعن ٦ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ١٥٨
(٤) « ٣ / ٤٥ ق س ٢٧ ص ١٨٣٤

الأحناف يعتدون ببلوغ الشاهد باعتباره شرطا للإدلاء بالشهادة وليس شرطا للتحمل ، لما للشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه إذ بها يلزم بالحق ويحكم عليه به ، ولا ولاية للصبى على نفسه فلا ولاية له من باب أولى على غيره . أو بعبارة أخرى فإن البلوغ شرط عند الإدلاء بالشهادة فحسب وليس بشرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها ، لأنه يكفى لإمكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها وتحمله الشهادة عنها أن يكون عـاقلا ، ولو كان صبيـــا ، وأهلية التحمل إنما تكون بالضبط الذى يتمثل فى حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء ، وهو يثبت للصبى المميز كما يثبت للبالغ (٥)

النسب يثبت بالفراش الصحيح ، ويثبت بالاقرار وبالبينة . غير أن الفراش فيه ليس طريق من طرق الاثبات فحسب بل يعتبر سببا منشئا له ، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته (٦)

إلى غير ذلك - وهو كثير لا حصر له - من المسائل المتعلقة بذات الدليل فهى خاضعة لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملا بالمادة ٢٨٠ لائحة أما إجراءات الاثبات الشكلية فيرجع فى شأنها إلى النصوص الإجرائية من قانون الإثبات التى حلت محل ما كانت تنظمة مواد قانون المرافعات قبلا .

---

(٥) طعن ٦ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ٩٥٨

(٦) » ١١ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ٣٩٨

الفصل الثانى

فى الأدلة الخطية

مــادة – ١٣٧– يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف (١) أو الإقرار به أو استبداله (٢) أو الإدخال (٣) أو الإخراج (٤) وغير ذلك من الشروط (٦) التى تشترط

---

(١) المراد منه عقدة الوقف بجميع ما تشتمل عليه من ايجاب ، وموقوف ، ومصرف ، وشروطه ، وسائر الشروط الأخرى . هذا المعنى هو الذى يفهم من كلمة « وقف » فى العرف القضائى والفقهى .

اطلقت كلمة الوقف فى المادة الأولى من القانون ٤٨ / ١٩٤٦ ، فشملت المؤقت والمؤبد ، والمنجز والمعلق بالموت ، والمطلق والمضاف ، والوقف الموصى به . والاطلاق يشمل الوقف الاهلى والخيرى والمركب منهما ، ولكنه غير شامل للمسجد قطعا لقيام الدليل القوى على تقييد هذا الاطلاق وارادة أنه لا يتناول وقف المسجد .

(٢) اطلق الفقهاء كلمة الاستبدال وأرادوا به بيع الموقوف عقارا كان أو منقولا بالنقد ، وشراء عين بمـال البدل لتكون موقوفة مكان العين التى بيعت ، والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى .

طرأ عرف آخر لدى الموثقين من زمن بعيد ، فاطلقوا الاستبدال على شراء عين بمال البدل لتكون وقفا . والإبدال على بيع الموقوف بالنقد أو البدل أو المقايضة . وقد قضى بأن الفصل فيما إذا كان لأحد النظار أن ينفرد بالإستبدال على خلاف ما نصّ عليه بقرار النظر وفى قيمة الاتفاق الذى يبرمه قبل أن يتم توقيع الصيغة الشرعية للاستبدال هو تعرض لمسألة من صميم أصل الوقف لأنه يترتب على الاستبدال إخراج أحدى الأعيان الموقوفة وإحلال غيرها محلها فهو ما يمس بمحل عقد الوقف نفسه ، وما يمس محل العقد يمس أصله (طعن ٢٠١ / ١٨ ق س ص ٥٦) .

(٣) معناه ادخال غير موقوف عليه وجعله من أهل الوقف ليكون مستحقا من وقت الادخال أو بعد ذلك . وقد يصاحب هذا الشرط مصرف استثنائى ، وقد لا يصاحبه .

(٤) هو جعل الموقوف عليه من غير أهل الوقف أبداً أو لمدة معينة يكون بعدها من أهله . ومفهوم الاخراج مغاير لمفهوم الحرمان . وقد يجتمع المفهومان . فالإخراج إلى الأبد حرمان ، والحرمان إلى الأبد اخراج .

(٦) الشروط العشرة هى – الاعطاء – الحرمان – الادخال – الاخراج – الزيادة – النقصان – التغيير – الإبدال – الاستبدال – البدل أو التبادل .

فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد (٧) ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة ٣٦٤ (٨) من هذه اللائحة ، وكان مقيدا بدفتر إحدى المحاكم الشرعية المصرية .

وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقا لأحكام المادة ٣٧٢ (٩) من هذه اللائحة .

---

(٧) الاشهاد على أمر معين معناه فى الأصل طلب الشهادة عليه ممن شهد وقوعه ، أو يراد ايقاعه بمحضر منه . واطلق الاشهاد أيضا على تحرى ايقاع الأمر بحضرة شهود ، وأن لم يطلب منهم صراحة أن يشهدوا عليه . (راجع الوقف لفضيلة الشيخ محمد فرج السنهورى) .

(٨) المادة - ٣٦٤ - تؤخذ الإشهادات فى المحاكم الكلية لدى الرئيس أو من يحيلها عليه من القضاه أو الكتاب ، أو فى المحاكم الجزئية لدى قضائها أو من يحيلونها عليه من الكتاب . ويجوز الانتقال لأخذ الاشهاد متى كان فى دائرة المحكمة .

ولهذا الانتقال رسم مبين فى لائحة الرسوم فى المادة الثانية .

(٩) المادة ٣٧٢ - على المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن تؤشر بمقتضاه فى سجل العقار ، وإن كان مسجلا بجهة أخرى فعليها إشعارها بذلك لإجراء ما ذكر . وعلى كل حال فعلى المحكمة التى صدر بها الإشهاد أن ترسل ملخصه إلى المحكمة الكائن بدائرتها العقار لتسجيله .

نصى المادتين ٣٦٤ ، ٣٧٢ لائحة شرعية الغيتا بالقانون رقم ٦٢٩ / ١٩٥٥ الصادر بتعديل بعض أحكام القانون ٦٨ / ١٩٤٧ بشأن التوثيق .

المادة ١٣٧ لا تتعرض لصحة التصرف ولا لبطلانه ، وإنما تمنع سماع الدعوى بالتصرفات المنصوص عليها فيها عند أنكارها إذا لم يوجد الاشهاد .

محل العمل بأحكام المادة ١٣٧ لائحة أن يكون النزاع حاصلا فى أصل الوقف أو فى الأقرار به ، أو فى استبداله ، أو الإدخال أو الإخراج ، وغير ذلك من الشروط التى تشترط فى الوقف ويقوم بشأنها نزاع بين المدعى والمدعى عليه . فإذا قام نزاع من هذا القبيل يتعين لسماعه أن يوجد لدى مدعى الحق إشهاد بذلك صادر من ممن يملك إصداره .

الإشهاد فى عرف المحاكم الشرعية هو إنشاء التصرف أو ما يشبهه ، كالإقرار لدى من له الحق من قضائها أو موظفيها . وكثيراً ما يطلق الاشهاد على الوثيقة التى يحرر فيها ذلك . والإشهاد مرادف لما يسمى فى الجهات الأخرى بالعقد الرسمى ، ولا يتناول العقود العرفية التى تقوم المحاكم الشرعية بالتصديق على التوقيع عليها . ولا يكتمل للإشهاد كيانه إلا إذا كان صادرا طبقا للأوضاع المقررة فى قوانين المحاكم الشرعية ولوائحها .

يتعين أن يتوافر فى الإشهاد الشروط الآتيه :

١ – أن يكون الإشهاد لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية (جمهورية مصر العربية) .

٢ – أن يكون صدوره على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة من القانون ٤٨ / ١٩٤٦ . (١٠)

٣ – أن يضبط الاشهاد بدفتر المحكمة التى سمع بها .

٤ – أن يكون التصرف صادرا ممن يملكه .

الاشهاد شرط لسماع الدعوى عند الانكار ، وهو أيضا شرط لصحة التصرفات الواردة بالنص (١١) . والمقصود هنا أنشاء التصرف لدى من له الحق فى سماع ذلك .

عدم الاشهاد على انشاء التصرف – بالطريق الذى رسمه القانون ٤٨ / ١٩٤٦ يجعل أنشاء التصرف غير صحيح ، وإن لحقه الاشهاد بعد ذلك لأنه صدر غير صحيح وغير صحيح لا ينقلب صحيحا .

قصد المشرع من الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ لائحة أن يحدد الدليل الذى يقبل قانونا كمسوغ لسماع الدعوى المنصوص عليها فى تلك المادة فقصره عند

---

(١٠) راجع المادتين ٢ ، ٣ ق ٤٨ / ١٩٤٦ .

(١١) راجع مادة اولى من القانون ٤٨ / ٤٦ .

الانكار على الاشهاد الرسمي دون غيره من الأدلة ، ومن ثم فليس مؤدى هذه المادة عزل المحاكم عن نظر تلك الدعاوى عند الانكار مالم يقدم الاشهاد الشرعي إذ أن القول بذلك يتجافى مع ما قصده الشارع ، والإنكار المعنى بالمادة ١٣٧ هو الانكار القاطع المضطرد فإذا كان هناك ثمت إقرار يحاج به الخصم المنكر ولو في غير الخصومة المدفوعة بالانكار فإن الانكار لا يعتد به . (١٢)

وقد عملت المحاكم بكل قوة على تضييق دائرة الإنكار ، وتوسيع دائرة الإقرار فاعتبرت حالة المنكر الذى سبق منه الإقرار فى وقت ما ، وبأى مكان ، حالة إقرار . وحالة المنكر الذى لم يقر أصلا ، ولكن أقر من تلقى هو الحق منه ، حالة إقرار . بل اعتبرت المحاكم حالة الناظر المنكر حالة إقرار إذا كان هناك إقرار صدر من ناظر آخر قبله وإن كان هو لم تصدر منه إقرار أصلا ، واعتبرت جهه الوقف معترفه بهذا التصرف .

الاشهاد على التصرفات الواردة بنص المادة ١٣٧ / ١ لائحه شرعيه لم يكن شرطا لصحتها - أما بعد صدور قانون الوقف رقم ٤٨ / ١٩٤٦ فقد أصبح الإشهاد شرطا لصحة هذه التصرفات . وقد قضت محكمة النقض بأن نص الفقرة الأولى من المادة المذكورة ونص المادة ٣٦٤ من اللائحة - قبل الغائها بالقانون ٦٢٩ / ١٩٥٥ - يدل على أنه منذ صدور هذه اللائحة - كما كان الحال فى ظل اللائحتين الشرعتين الصادرتين فى سنه ١٨٩٧ و سنه ١٩١٠ - وحتى تاريخ العمل بقانون الوقف رقم ٤٨ / ١٩٤٦ فى ١٧ / ٦ / ١٩٤٦ لم يكن الاشهاد شرطا لصحة التصرفات التى تندرج تحت المادة ١٣٧ سالفة الذكر ومن بينها التغيير فى الوقف ، وإنما كان شرطا لسماع الدعوى بهذه التصرفات فى حالة الإنكار فقط فإذا كان هناك إقرار من الخصم فلا تحتاج الدعوى إلى مسوغ للسماع . أما بعد العمل بالقانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ فقد جعل المشرع الاشهاد شرطا لصحة هذه التصرفات وهو ما نص عليه فى المادة الأولى منه إذ يقول « من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه . ولا التغيير فى مصارفة وشروطه ولا الاستبدال به من الوقف ، إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة » وما أوضحته المذكرة التفسيرية

---

(١٢) طعن ٩٢ / ٣٦ ق س ١٣ ص ٤٦٣ .

القانون على هذه المادة بقولها « وقد اتجه التشريع وجهة أخرى لا يتقيد فيها بمذهب الأمام أبي حنيفة ، وتفتح الطريق للقضاء على البقية الباقية التي يسمح بها الحكم الشكلي ، وليكون التشريع الخاص بالوقف متسقاً في آثاره مع التشريعات الأخرى الخاصة بالتصرفات العقارية ، ولحمل الناس على أن يعنوا عناية تامة بتوثيق الوقف وما يتعلق به توثيقا يتفق مع أهميته ، لذلك اختار هذا المشروع أن يجعل الحكم الإجرائي حكما موضوعيا ، وأن يأخذ بأن جميع ما يحصل بعد العمل بهذه القانون من الوقف أو التغيير في مصارفة وشروطه أو الاستبدال به من الوقف لا يكون صحيحا إلا إذا صدر به إشهاد ممن يملكه لدى أحدى المحاكم الشرعية ، وقيد بدفترها كما جاء بهذه المادة (١٣) فإذا كان التغيير في الوقف المطلوب إبطاله حصل في سنه ١٩٣٨ وقبل العمل بالقانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ وأنه لا نزاع بين الخصوم في صدوره من الواقفة فإن التصرف به يكون صحيحا متى استوفى شرائطه الفقهية دون نظر إلى وجود اشهاد رسمي به أو ما إذا كان قد أذن لكاتب المحكمة بالانتقال إلى المكان الذي ضبط فيه .

---

(١٣) طعن ٣٣ / ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٦٩ .

الفصـــل الرابع

فى الشـــهادة

مــادة – ١٧٩– تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها ،وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر .

□□□

معنى الشهادة :

للشهادة فى اللغة معان منها الحضور تقول شهد المجلس أى حضره . ومنها الاطلاع تقول شهدت كذا أى أطلعت عليه وعاينته ، ومنها إدراك الشىء تقول شهدت الجمعة أى أدركتها ، ومنها الحلف تقول شهد بكذا أى حلف .

والشهادة فى الاصطلاح هى « إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى ولو بلا دعوى . وبالاخبار الصادق يخرج الإخبار الكاذب . وصدق الخبر مطابقته للواقع . والمقصود بإثبات حق ، قيد لبيان الغرض من هذا الإخبار ، فخرج بذلك الإخبار الذى سيق لغـرض آخر . والمقصود بلفظ الشهادة ، قيد لإخراج الإخبار بأى لفظ غير هذا اللفظ ، كقول الشاهد « أعلم » أو « أتيقن » فلا تصح الشهـادة به لأن لفظ الشهادة قطعت النصوص باشتراطها ، إذ الأمر فيها بهذا اللفظ ، ولأن فيها زيادة توكيد ، فإن قول الشاهد أشهد من الفاظ اليمين ، كقوله « أشهد بالله » فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد . أما اشتراط الشهادة فى « مجلس القضاء » قيد لإخراج الإخبار فى غير مجلس الحكم فإنه لا يعتبر . أما عبارة « بلا دعوى » الواردة فى تعريف الشهادة فقصد بها إدخال شهادة الحسبة ، فإنه لا يشترط فيها تقديم الدعوى ، ولا موافقة الشهادة للدعوى كطلاق الزوجة فليست الدعوى شرط صحتها مطلقا .

يشترط الأحناف عند أداء الشهادة أن تكون بلفظ « أشهد » ، وبغير هذا اللفظ لا تقبل شهادة الشاهد عندهم . وقالوا إن النصوص نطقت باشتراط هذا اللفظ ، قال تعالى « وأقيموا الشهادة لله » « واشهدوا ذوى عدل منكم » والحديث الشريف « إذا علمت مثل الشمس فاشهد » غير أن هذا اللفظ لا يشترط فى التعديل والتجريح ، واخبار الأطباء وأهل الخبرة ، لأنها عندهم من باب الأخبـار لا من باب الشهادة .

والحق أن النصوص التى أشار إليها الأحناف لم تشترط لفظ الشهادة عند أداء الشهادة وإنما أمرت بإقامة الشهادة وأدائها على وجه يحقق العدالة ويطابق الواقع ، وهذا هو المعنى المعقول من الأمر بإقامتها ، فإذا أدى الشاهد شهادته بأى لفظ لما علمه فقد امتثل أمر الشارع وقد عبر صاحب تيصرة الأحكام ، ونقل ابن قيم الجوزية أن مذهب مالك وأبى حنيفة وظاهر كلام أحمد أنه لا يشترط فى صحة الشهادة لفظ « أشهد » وليس فى الكتاب ولا فى السنة ما يدل على اشتراط لفظ « أشهد » عند الأداء . وقد قضى بأنه وإن كان المأثور عند الأحناف وجوب أن يقدم الشاهد قوله بلفظ « أشهد » بالمضارع فلا تقبل الشهادة بدونه ، وإن اشتملت على ما يفيد العلم واليقين اعتبارا بأنه ركن فى الشهادة على قول ، أو مجـرد شرط عام فى كل ما يشهد به أمام القاضى فى قول آخر هو الراجح ، إلا أنه لما كانت العلة فى إثبات هذا اللفظ فى مذهب أبى حنيفة أنه أقوى فى إفادة التأكيد من غيره من الألفاظ ، وأنه يتضمن فى ذات الوقت معنى المشاهدة والقسم والإخبار للحال فكأنه يقول « أقسم بالله لقد أطلعت على ذلك وأنا أخبر به » وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين . وكان لا دليل من الكتاب والسنة والقياس والاستنبـاط على اشـتراط أن يكـــون الأداء بلفظ الشهـــادة ، فضـــلا عن لفظ « أشهد » بالذات فإنه إذا وجدت صياغة تفيد هذه المعانى جميعا وتكون أكدة على يقين الشاهد وما يحيطه علمه بغير تردد ، فإنها تغنى عن هذا اللفظ وتعتبر بديلا عنه . فإذا كان لفظ اشهد يحمل معنى القسم ، ويتضمن توثيق الكلام بالحلف بالله ، فإن استبدال الحلف بلفظ أشهد واستلزام أن يبدأ به قول الشاهد قبل الإدلاء بأقواله ، واعتبار ذلك أمراً لازما تبطل بدونه هو اعتداد بجوهر مذهب الحنيفة ، وتحقيق للغرض الذى استهدفه من إيجابه بل هو أكثر عمقا فى النفاذ إلى وجدان الشاهد ، والغوص فى أعماق ضميره بتبصيره بما ينطوى عليه الحلف بالله من وجوب التزام الصدق وتحرى الحقيقة . وقد سار المشرع المصرى

على هذا الدرب ، متدرجا فى مختلف المراحل التشريعية ، فبدأ بأن نسخت المادة ١٧٣ من اللائحة الشرعية الصادرة بالقانون ٢٥ سنه ١٩٠٩ اشتراط الشهادة متوقعة أن يغفل الشاهد ذكر اللفظ المشار اليه ، فخولت القاضى أن ينبهه بقوله « أتشهد بذلك » فإن أجاب ، بالإيجاب كان ذلك كافيا ، وما لبث أن الغى هذا النص في سنة ١٩٢٦ واستبدل به المادة ١٧٤ من اللائحة الصادرة بقانون ٧٨ / ٣١ التى شرعت وجوب أن يحلف الشاهد اليمين الشرعية وجعلتها بديلا من إيجاب ذكر لفظ الشهادة أو تذكير الشاهد واستمر الشارع فى طريقه القاصدة فالغيت هذه المادة ضمن ما ألغى بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ إكتفاء بإعمال حكم المادة ٨٦ من قانون الاثبات ٢٥ سنه ١٩٦٨ (١) التى يجرى نصها بأن « على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك » وهذا الحلف يجب أن يكون قبل أداء الشهادة ، فإذا أداها الشاهد دون حلف اليمين كانت شهادته باطلة . إلا أن محكمة النقض قضت بأنه « إذا فات المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ثم أدركت ذلك بعد إدلائه بها فحلفته اليمين على أنه إنما شهد بالحق ، فتعويلها على هذه الشهادة لا عيب فيه (٢).

واضح من المادة ١٧٩ أن المشرع اكتفى بشهادة الاستكشاف فى بعض المواد لأهميتها وهى النفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن باعتبار أن شهادة الاستكشاف هي شهادة الإخبار بالواقعة ، لمجرد الاستعلام ، واستطلاع الرأى ، كأخبار أهل الخبرة ، والمترجم والمذكى . ولم يشترط فى هذه الشهادة لفظ « أشهد » اكتفاء لمجرد الإخبار ممن تتوافر فيه الثقة .

وقد يضطر القاضى إلى الالتجاء إلى شهادة الاستكشاف للاستعانة بها على ما يمكنه من إحكام التقدير فى مواد النفقات وما يلحق بها ، إذ هى أقرب الوسائل للإهتداء إلى الصواب فى مثل هذه الأحوال . ويكفى فى شهادة الاستكشاف أن يطمئن القاضى اليها فيأخذ بها ، أو لا يطمئن إليها فيطرحها (٣)

---

(١) طعن ٢٧ / ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٣٨٣

(٢) مجموعة ٢٥ سنه ص٣٥ قاعدة ٢٤٦

(٣) راجع شرح لائحة الإجراءات والشرعية للاستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد .

حجية الشــهادة .

قال صاحب المبسوط إن « القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الأحكام لاحتمالها الصدق والكذب ، والمحتمل ظنى الثبوت فلا يكون حجة ، ولكنا تركنا القياس بالنص والحاجة . أما النص فقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »وقوله« فاستشهدوا عليهن أربعة منكم »والحديث الشريف« شاهداك أو يمينك » أما الحاجة فهى داعية إلى ذلك لكثرة الخصومات والمنازعات وتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم واليقين فى كل خصومة ، والتكليف إنما يكون بما هو فى وسع الناس .

الشهادة خبر محتمل ، وبالقضاء تصير حجة ، ويسقط احتمال الكذب فيها . فإذا ادعى المدعى دعواه ، وانكر الخصم ، فأقام المدعى البينة ، وقضى القاضى بموجب هذه البينة لزم المدعى عليه الحق بالقضاء ، وثبت حكم البينة بالقضاء وبدونه فلا يثبت بالبينة حكم .

البينة لا تقام إلا على منكر الحق المدعى به ، فلا تقام البينة على المقر إلا إذا تعدى إقراره إلى غيره . فالوارث إذا أقــر بدين على المورث ، فيجوز إقامة البينة من وارث آخر على خلاف الإقــرار لتعدى الإقرار إلى غير المقر . وكذلك إذا أقــر المدعى عليه بالوصاية بالوصية فيجوز للوصى أن يقيم البينة على خلاف الإقرار .

شروط الشهادة

للشهادة عدة شروط هى :

أولا : شروط تحمل الشهادة .

١ — العقل الكامل وقت تحمل الشهادة لأن البيان لا يحصل إلا باعتبار عقل المتكلم ، لأن ضبط المشهود عليه لا يأتى إلا بالعقل . والضبط يحصل بالتمييز ولو قبل البلوغ .

معنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء .

أهليه تحمل الشهادة تثبت بالعقل والحواس الخمس ، لأن أهل الشىء من يكون قادرا عليه . والقدرة على التحمل تثبت بالعلم بما يتحمله الشاهد ، وعلى من يتحمله ، ولمن يتحمله . والعلم يترتب على سببه وهو العقل والحواس .

العلم بالشيء يدرك بأحد أربعة أشياء :

أولا : العقل بانفراده – إذ بالعقل وحده يمكن إدراك بعض العلوم الضرورية مثل الاثنين أكثر من الواحـد . **ثانيا** : العقل مع الحواس – السمع والبصر والشم والذوق واللمس ، فالعقل مع حاسة أسمع يدرك الكلام ومع الذوق يدرك المطعومات . **ثالثا** العلم بالأخبار المتواترة . **رابعا** : العلم المدرك بالنظر والاستدلال كشهادة أهل المعرفة فى قدم الضرر وحدوثه (٤)

لا يصح من المجنون تحمل الشهادة أو من الصبى الذى لا يعقل . إذا كان الصبى وقت التحمل مميزا فتحمله صحيح لأن الضبط يحصل بالتمييز ولو كان قبل البلوغ .

تعتبر صفة الكمال فى العقل ، لما فى نقصانه من شبهة العدم ، ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادات إذا كان ذلك ظاهرا عند الناس .

والعقل شرط عند التحمل بالشهادة ، وشرط عند الأداء لأنه يترتب على عدمه عدم الضبـط ، وانتفاء الثقة بما أخبـــر به . ولهذا لم يكن الصبى والمعتوه أهـلا للشهادة .

والبلوغ جعل الشرع البلوغ حداً يرجع إليه فى كمال معرفة العقل . والبلوغ شرط للأداء وليس شرطا للتحمل لأن الشاهد يلزم القاضى بأن يقضى بما شهد به ، وهذا الإلزام من باب الولاية ، ولا ولاية للصبى ، وقد قضى بأن المقرر فى المذهب الحنفى أن بلوغ الشاهد وإن كان شرطا لأدائه الشهادة لما فيها من معنى الولاية على المشهود عليه ، إذ بها يلزم بالحق ، ويحكم عليه به ، ولا ولاية للصبى على نفسه ، فلا ولاية له – من باب أولى – على غيره – وبعبارة أخرى ، فإن البلوغ شرط عند الإدلاء بالشهادة فحسب ، وليس بشرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها ، بل يكتفى لإمكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها ، وتحمله الشهادة عليها ، أن يكون عاقلا ، ولو كان صبيا ، وأهلية التحمل ، إنما تكون بالضبط الذى يتمثل فى حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء وهو يثبت للصبى المميز ، كما يثبت للبالغ (٥)

---

(٤) الجزء الأول من قرة عيون الأخيار لابن عابدين ص٤٢

(٥) طعن ٦ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ١٥٨ .

العدالة : شرط العمل بالشهادة – وهى الاستقامة ، وذلك بالإسلام واعتدال العقل وليس لكمال الاستقامة نهاية . وقد عرف أبو يوسف من الاحناف العدل بأنه من لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروءته ظاهرة والعدالة ليست شرطا لأهلية الشهادة . وقد قضى بأنه يشترط فيمن تقبل شهادته أن يكون عدلا بمعنى أن يتجنب الكبائر ولا يصر على الصغائر ، ويؤدى الفرائض ، وتغلب حسناته سيئاته . والأصل تحقق العدالة فى الشاهد مالم يطعن فيه الخصم (٦) . ومن أرتكب كبيرة سقطت عدالته ، والحكم بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور وإذا سقطت عدالة الشاهد تعود إذا تاب وقد اختلف الفقهاء فى ذلك فقيل هو عدل بعد التوبة وان لم تقبل شهادته وقيل لا تقبل شهادته إلا بعد فترة من الزمن قدرت بستة أشهر وقدرت بسنه . والرأى الصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى . الجزء الأول من قرة عيون الأخيار ص ٨٠ .

وجه اشتراط العدالة فى الشاهد أن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، والحجة هى الخبر الصادق ، فبالعدالة تترجح جهة الصدق . ولذلك إذا كان الشاهد عدلا ، وتم استيفاء سائر الشروط – فقد وجب الأخذ بشهادته ، بخلاف ما لو كان فاسقا فيجوز القضاء بشهادته بعد التحرى . (٧)

العدالة شرط وجوب القضاء على القاضى لا شرط صحة القضاء ونفاذه .

٢ – البصر وقد نصت المادة ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية – قبل الغائها بالقانون ٤٦٢ / ٥ ، على أنه « يجوز اثبات الدعوى بشهادة العدول . التمييز بين الاشخاص والأشياء إنما يكون بالبصر لأن الاصوات مما تشتبه ويرى أبو حنيفة ومحمد أنه لا تقبل الشهادة من أعمى ، لأن الشرط فى الشهادة السماع من الخصم ، ولا يعرف كونه خصما إلا بالرؤية ، لأن الصوت يشبه الصوت ، خصوصاً إذا أريد التلبيس . والمدعى ليست لديه آلة التمييز بين الناس حقيقة ، ولذلك تقوم تهمة الغلط فى شهادة الأعمى ، وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء فى باب الشهادة .

---

(٦) طعن ١٧ / ٤٨ ق ٢ / ١٠ / ٨٠ لم ينشر .
(٧) اللائحة للاستاذ أحمد قمحة .

شهادة الأخرس .

لا تجوز شهادة الأخرس عند الاحناف لأن أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى إذا قال الشاهد « أعلم » لا يقبل ذلك منه ، ولفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس . ثم إن شهادة الأخرس مشتبهة لأنه يستدل بإشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن فى شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ، ولا تكون اشارة الأخرس أقوى من عبارة الناطق ، فلا تجوز الشهادة باشارته .

غير أن الأخرس إذا تعين للشهادة فإن شهادته تقبل حفظا للحقوق وصونا لها من الضياع ومواضع الضرورات مستثناه . والحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الإمكان . وقد نصت المادة ٨٣ من قانون الاثبات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالاشارة » .

شهادة الفاسق :

لا تقبل شهاده الفاسق لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالتوقف فى خبر الفاسق قال تعالى « ياأيها الذين أمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة ... » والأمر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة ، لأن رجحان جانب الصدق لا يظهر فى شهادة الفاسق لأن إعتبار اعتقاده يدل على صدقه ، واعتبار تعاطيه الفسق يدل على أنه كاذب فى شهادته فلتعارض الأدلة يجب التوقف فى شأن شهادته ، لأن الفسق محظور فى الدين وعدم انزجار الفاسق عن ارتكاب المحرم فى دينه مع اعتقاد حرمته يظهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمته .

إذا قضى القاضى بشهادة فاسق نفذ قضاؤه لوجود أهلية الشهادة وهى الولاية ولكن يكون القاضى أثما وقيل عاصيا . وسبب ذلك أن فى قبول شهادة الفاسق اكراما له ، وقد أمرنا بخلاف ذلك فى حديث « إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر . وصاحب الدر قيد نفاذ القضاء بشهادة الفاسق أن يغلب على ظن القاضى صدق الشاهد . وقد ورد فى هذا الخصوص أراء عدة إلا أن الرأى عندنا أن تقدير شهادة الفاسق – حتى ولو عرف عنه الفسق – متروك لتقدير القاضى لأن الآية الكريمة ليس فيها ما يمنع قبول شهادة الفاسق لأن الآية أمرت بالتبين أو التثبت ، ولم تأمر بالرد . (٨)

---

(٨) طرق الإثبات للشيخ أحمد أبراهيم .

٣ – معاينه المشهود به

الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد إلا بعلم . والعلم لا يستفاد إلا بمعاينة المشهود به بنفس الشاهد لا بغيره ، أى معاينة السبب . والتسامع فى الشهادة لا يستفاد منه علم لأن معاينة السبب لا تتم بالتسامع . غير أن الاحناف استثنوا من هذا الأصل أموراً أجازوا فيها الشهادة بالتسامع دون اشتراط معاينة السبب ، فأجازوا الشهادة فيها بالتسامع منها – الشهادة على النسب والنكاح والدخول وولاية القاضى والموت واصل الوقف – دون شروطه . وقد برر الاحناف هذا الاستثناء بما يأتى :

١ – أن الناس تعاملوا على هذه الأمور على أساس التسامع واستحسنوه.

٢ – أن الشهرة تنزل منزلة العيان فى هذه الأمور ، لأنها تشتهر وتستفيض ، والشهرة والاستفاضة تقوم مقام العيان فيها فأفادت العلم والمشاهدة كالاخبار إذا اشتهرت . هذا فضلا عن أنه يقل من يعاين اسباب هذه الأمور معاينه حقيقية ، فالنسب مثلا يشتهر بالتهنئة ، والنكاح بالشهود والوليمة والموت بالتعزية ، والدخول يشتهر وتتعلق به احكام مشهورة كالنسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان ، وهذه الشهرة تنزلت منزل العيان فى افادت العلم .

٣ – عدم اجازة الشهادة فى هذه الأمور بالتسامع يؤدى إلى الحرج ، والأحكام التى تتعلق بها تبقى – بعد اسبابها – بعد انقضاء القرون . فإذا لم تقبل الشهادة عليها بالتسامع تتعطل الاحكام وتضيع الحقوق المتعلقة بهذه الأمور .

وقد قضى بأنه لا تجوز الشهادة بشىء لم يعانيه الشاهد ويقطع بصحته يقينا أخذا بأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك فى غير الأحوال التى يصح فيها الشهادة بالتسامع(٩)

العلم – فى الأمور التى أجاز الاحناف الشهادة بالتسامع فيها استحساناً – يثبت بالاشتهار – عرفا أو شرعا – والاشتهار عرفا هو ما يتم فيه علم الشاهد بالواقعة المشهود بها ، من أكثر الناس ، وسمى بالشهرة الحقيقية وحدها أن يخبر الشاهد جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، فتتابع الأخبار وتشتهر . أما الاشتهار شرعا فهو ما يتم بشهادة رجلين ، وسمى بالشهرة

(٩) طعن ٨ / ٤٦ ق س ٣٠ ص ١٧٨ .

الحكمية بأن يشهد عند الشاهد رجلان عدلان – من غير استشهاد – على الأمر المشهود به ، وكذلك إذا شهد عند الشاهد رجل أنه فلان بن فلان ، ولقى الشاهد رجلين عدلين شهدا عنده على نسبه من غير استشهاد وعرفا حاله ، وسع الشاهد أن يشهد بذلك . أما إذا أقام الرجل – مدعى النسب – شاهدين عنده شهدا على نسبه لم يسعه أن يشهد – هو – على نسبه ، لأنه لما لم يُعْتَدُّ قوله في شهادته ، لا يعتد قول من اعتمد هذا الرجل على قوله .

وقد قضى بأن مذهب الأحناف أحلَّ للشاهد أن يشهد بالنكاح وأن لم يعاين بشرط أن يشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة – الحقيقية أو الحكميه – على القول الراجح وهو قول الصاحبين ، فلا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدع النكاح نفسه أو بناء على اخبار منه أو وليد استشهاده (١٠) وسبب ذلك أن مدع النكاح لا يعتد بقوله من غير بينه ، وكذلك اخباره ، أو استشهاده لنفسه شاهدين عنده ، وإخباره عن قول هذين الشاهدين لا يعتد به أيضا . وقضى بأنه إذا كان الأصل في الشهادة الاحاطة والتيقن ، وكان فقهاء الحنفية وإن أجازوا الشهادة بالتسامع في مسائل منها ما هو باجماع كالنسب إلا أنهم لم يجيزوا للشاهد أن يشهد تسامعا ، إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ، ويقع في قلبه صدقه أو يخبره به – بدون استشهاد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصبح له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به (١١)

ثانيا : شروط أداء الشهادة .

١ – شروط ترجع إلى الشاهد هى :

أ – الولاية : ويقصد بها أن يكون الشاهد من أهل الولاية على المشهود عليه ، بمعنى أن يكون من أهل دينه ، ولذلك اشترط الفقهاء في الشاهد أن يكون مسلمـــا لو كان المدعى عليه مسلما ، لما في الشهادات من محض الالزام ، والزام الغير لا يكون إلا عن ولاية . وقد قضى بأنه يشترط في الشاهد الاسلام إذا كان المشهود عليه مسلما ذلك أن الشهادة فرع من الولاية لما فيها من الزام بالحكم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم (١٢)

(١٠) طعن ١ / ٤٦ ق س ٢٨ ص ١٥٨٤ .
(١١) طعن ١٩ / ٤٩ ق س ٣٢ ص ٢٠٩٢
(١٢) طعن ١٦ / ٢٨ ق س ٢٥ ص ٩٨٥ .

ومن الولاية في الشهادة أن يكون الشاهد قادرا على التمييز بالسمع والبصر بين المدعى والمدعى عليه .

ويكفى لصحة أداء الشهادة البلوغ أخذاً بأن الشهادة فيها معنى الولاية على المشهود عليه لأن بها يلزم بالحق ويحكم به عليه .

ولابد للشاهد أن يميز المشهود له والمشهود عليه ، فإذا كان لا يمكنه ذلك التمييز لا تقبل شهادته سواء كان المشهود به مما يدرك بحاسة السمع أو بحاسة البصر ، لأنه إذا كان المشهود به مما يعلم بحاسة البصر فالأمر ظاهر واضح ، أما إذا كان مما يعلم بحاسة السمع فلأن الشهادة تفتقر إلى التمييز بين الخصمين ، ولا يفرق بينهما بالصوت وحده خشية التلقين من الخصم إذ الصوت يشبه الصوت ، ولذلك نجد الأحناف لا يقبلون شهادة الأعمى فيما لا تجوز فيه الشهادة بالتسامع لأن السماع مناف للرؤية ، والأمر فى شأن الشهادة لا يحتمل تأويلا ، إذ عليها تبنى الأحكام وتتعدى إلى الغير . جاء فى كتاب البحر الرائق جزء ٧ ص ٨٤ « أنه لا تقبل شهادة الأعمى لأن الأداء يفتقر إلى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها » وقال صاحب المبسوط « إن العمى مانع من قبول الشهادة لأنه ليس للأعمى آله التمييز بين الناس حقيقة وذلك لتمكن تهمة الغلط فى الشهادة ، وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء ، وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي وهو فى حق المحدود في القذف بعد التوبه ، فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل « فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون . (١٣)

شهادة المرتد :

من شروط أداء الشهادة – الولاية – أن يكون هناك ولاية للشاهد على المشهود عليه بأن يكون من أهل دينه أو ممن دينه حق ، ولذلك يشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلماً . والمرتد لاشهادة له لأنه لا ولاية له على أحد .

شهادة المرتد على مرتد مثله محل خلاف والأصح عدم قبولها على أحد سواء كان مثله فى الاعتقاد أو مخالفا له لعدم ولايته (١٤)

---

(١٣) المبسوط للسرقسى جزء ص ١٢١

(١٤) قرة عيون الاخبار ص ٧٦

ب - ألا يكون الشـاهد غير مقبول الشهادة شرعا ، فالمحدود في القـذف لا تقبل شهادته لقوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون (١٥)

ولا تقبل شهادة من فيه عداوة دينوية على عدوه ، ولا على غيره ، بل تكون قادحة في حق جميع الناس ، لأن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقا في حق شخص لا في حق غيره .

ولا تجوز شهادة خائن ولا ذي غمر على أخيه - والغمر هو الحقد ، لأن الحقد فسق والفسق منهي عنه . (١٦)

جـ - انتفاء التهمة :

الأصل أن الشهادة ترد بالتهمة . قال ﴿ﷺ﴾ « لا شهادة لمتهم » لأن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب . والخبر يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق فيه ، فإذا ظهر سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق .

والتهمة قد تكون لمعنى في الشاهد هو فسقه ، والفاسق إذا كان لا ينزجر عن ارتكاب المحظور في دينه - رغم اعتقاده حرمته - فهو بذلك متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور . وقد تكون التهمة لمعنى في المشهود له ، وهو صلة خاصة بينه وبين الشاهد تدل على إيثاره على المشهود عليه . وذلك شيء يعرف بالعادة ، فقد ظهر من عادات الناس العدول منهم وغير العدول الميل إلى الأقارب وأبنائهم على الأجانب فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق في الشهادة ولذلك ذكر عن شريح أنه قـال لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ، وقد أخذ الأحناف بذلك واستدلوا بحديث هشام بن عروة عن أبي عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﴿ﷺ﴾ قال « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذي غمرة على أخيه ولا شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده » وزاد في الحديث عمر ابن شعيب عن أخيه « ولا شهادة المرأة لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته » لأن شهادة المرء لنفسه أو فيما له فيه منفعه لا يظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة ، لظهور ما يمنع من ذلك بطريق العادة ، فكذلك في حق الآباء والأبناء إما لشبة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد في المشهود به ، والمنافع بين الأولاد والآباء متصله ، قال تعالى آبـــاؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم

---

(١٥) سورة النور - ٤

(١٦) قرة عيون الاخبار ص ٧٨

أقرب لكم نفعا . وكذلك فى حق الزوجين لما بينهما من صلة الزوجية فالتهمة تكمن فى شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، لان بعقد النكاح يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل إليه ويؤثره على غيره « لتسكنوا اليها » وعقد النكاح فيه معنى الاتحاد فى القيام بمصالح المعيشة فكان الزوجان به كشخص واحد .

ردُّ الاحناف شهادة الشريك لشريكه فيما بينهما من شركه ، والأجير الخاص لمستأجره والصديق لصديقه إذا وصلت الصداقة بينهما إلى درجة أن يتصرف أحدهما فى مال غيره بلا ممانعة فإذا لم تصل الصداقة إلى هذا الحد قبلت الشهادة ، وسبب رد الشهادة هنا أن التهمة تتمكن فى حق الشاهد فيغلب على الظن كذب شهادته ، لأن جر المغنم أو دفع المغرم قائم بين الشاهد والمشهود له ، أو مشكوك فى قيامه ، وهذا وذلك تهمة لا يترجح جانب الصدق معها .

من الأصول المقررة أنه إذا تضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفع صار الشاهد متهما ولا شهادة لمتهم ، وقد قضى بأن المقرر شرعا أن من شروط قبول الشهادة انتفاء التهمة من الشاهد بالا يكون فى شهادته جر مغنم له ودفع مغرم عنه ، أو أن يكون له ميل طبيعى للمشهود له أو ميل على المشهود عليه ، أو أن تكون بينه والمشهود عليه عداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو خصام أو ما فى ذلك (١٧) وقضى بأن من الأصول المقررة أنه إذا اتضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفع صار الشاهد متهما ، ولا شهادة لمتهم (١٨) ويكفى لرد شهادته أن يرى فيها القاضى مظنة المصلحة ، لأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره ، ولا يلزم بإبداء الأسباب التى تبرره .

العداوة الدنيوية

العداوة الدنيوية لا تمنع قبول الشهادة ، إلا إذا فسق الشاهد بسببها ، أو بجلب منفعه أو يدفع بها عن نفسه مضرة . وبهذا القدر تثبت العداوة الدنيوية ، فإذا ثبتت لا تقبل بها شهادة من فيه عداوة دنيوية على عدوه ولا غيره ، لأن عداوته الدنيوية تكون قادحة فى حق جميع الناس ، لأن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقا فى حق شخص لا فى حق غيره .

---

(١٧) طعن ٢ / ٥٣ س ٣٤ ص ١٨٦٨

(١٨) طعن ٣٩ / ٢٩ ق س ١٣ ص ٦٦٢

وقد ضرب الأحناف أمثلة لما تثبت به العداوة الدنيوية كأن يشهد المقذوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنى - فإن هؤلاء لا تقبل شهادتهم على المشهور عند الأحناف لأن العداوة هنا مؤثرة في العدالة .

وعدم قبول الشهادة يرجع أيضا إلى ما بين المتخاصمين من خصومة . فلو خاصم الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، والوصى لا تقبل شهادته فيما هو وصى فيه ، والشريك لا تقبل شهادته فيما هو شريك فيه ونحو ذلك .

وهناك عداوة دنيوية غير مؤثرة في العدالة كعداوة شخصين وقعت بينهما مضاربة أو مشاتمة أو دعوى مال أو حق ، فإن شهادة أحدهما تقبل لأنه عدل .

يجب على المدعى عليه أن يثبت عداوة الشاهد له ثبوتا شرعيا .

ومن الذين لا تقبل شهادتهم عند الاحناف : المخنث يفعل الردىء . والنائحة إلى تنوح في مصيبة غيرها واتخذت من النياحة عملا تتكسب به . والمغنية . ومدمن الشرب على اللهو ، ومن يغنى للناس ، أو يقامر بالنرد أو الشطرنج ، ومن تفوته الصلاة بهما ، أو يبول على الطريق أو يأكل فيه .

ولا تقبل شهادة الرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف .

تقدير الشهادة ، والتعرف على وجه التهمة فيها متروك أمره إلى وجدان القاضى ، فيرد ما يرى فيه التهمة ، ويقبل ما يراه بريئا فيها ، لأن سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها ، هو مما يستقل به قاض الموضوع طالما لم يخرج عن مدولها .

شهادة العدو على عدوه

العدو هو من يفرح لحزنك ويحزن لفرحك . وقيل يعرف العدو بالعرف ، فمن يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه فهو عدو ، وكل عدو ترد شهادته إذا كانت دنيوية وإذا حكم بها حاكم لا ينفذ حكمه .

وقيل في تبرير رد شهادة العدو أن فرحه لحزن الآخرين وحزنه لفرحهم تتناهى به العداوة . وقد وصف الله تعالى المنافقين في كتابه العزيز « إن تمسسكم حسنة تسؤهم وأن تصبكم سيئة يفرحوا بها » وقال ﴿ﷺ﴾ « لا تجوز شهادة ذى الظنه ولا ذى الحنه » - ذو الحنه العدو - والحنه العداوة وقال ﴿ﷺ﴾ « لا تجوز شهادة خائن ولا ذى غمر على أخيه . والغمر الحقد ، والحقد فسق .

ارتكاب الكبائر من الأعمال مسقط للعدالة .

يقول الأحناف إن من ارتكب كبيرة سقطت عدالته . والحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبائر يحتاج إلى الظهور ، وكذلك اشترطوا في شرب المحرم الإدمان . كما اشترطوا أيضا الإصرار على ارتكاب الكبائر ، فإذا لم يكن لدى الشاهد إصرار على الكبائر تقبل شهـــادته ، فلو ارتكب الشـــــاهد كبيرة مرة واحدة تقبل شهادته .

إذا سقطت عدالة الشاهد بسبب ارتكابه الكبيرة ، فإنها تعود اليه إذا تاب ، وقد صرح الأحناف بأن المحدود في القذف إذ تاب فهو عدل وإن لم تقبل شهادته . غير أن صاحب البحر قال أن الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته مالم يمضى عليه زمان يظهر التوبه ، واختلف في تقدير الزمان والصحيح عندهم أن الأمر فيه مفوض إلى رأى القاضى .

مرتكب الصغيرة .

تقبل شهادة مرتكب الصغيرة إذا لم يكن مصرا عنيها ، فإذا أصر عليها وصرح بها كانت كبيرة تسقط عدالته ، لأن العبرة في الصغائر للغلبة والدوام عليها لتصير كبيرة . ولذلك نجد الفقهاء يقولون في معنى العدالة عن أبي يوسف ، أن لا يأتى الشاهد بكبيرة ولا يصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروعته ظاهرة ، ويستعمل الصدق ويتجنب الكذب ديانة ومروءة . وقيل في تعريف العدالة هى الاستقامة وهى بالاسلام واعتدال العقل ، وليس لكمال العدالة حد يدرك مداه ، ويكتفى لقبولها بأدناه - كى لا تضيع الحقوق - وهو رجحان جهه الدين والعقل على الهوى والشهوه .

شهادة الأخوة وسائر القرابات - إذا ظهرت فيها العدالة تقبل - وقد قضت محكمة النقض بأن الراجح في فقه الحنفية أن شهادة القرابات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع الأصلة أو أحد الزوجين لصاحبه تقبل ، وذلك مالم تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم (١٩)

وتجوز شهادة الرجل لأم امرأته ، ولزوج ابنته لأن المصاهرة التى بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط ، أما ما سوى ذلك لا تأثير للمصاهرة فيه ، فهى بمنزلة الرضاع أو دونه (٢٠)

---

(١٩) طعن ٥٠ / ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٤٩٦

(٢٠) المبسوط جزء ١٥ ص ١٢٥

شهادة الأعمى

شهادة الأعمى مقبوله عند مالك رضى الله عنه لأن العمى لا يقدح فى ولايته وعدالته . وباعتبار الولاية والعدالة فى الأعمى يجب قبول شهادته لأنه من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته إلى غيره عند وجود سبب التعدى . وهو - أى الأعمى - أهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما فى دينه . كما أن الصحابة رضى الله عنهم كان منهم الأعمى ، فالعمى لا يقدح فى العدالة ، وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر فى المنع من قبول الشهادة .

الأحناف يرون أن تحمل الشهادة وأدائها تحتاج إلى التمييز بين من له الحق وبين من عليه ، والأعمى فقد آلة التمييز حقيقة فهو لا يميز بين الناس إلا بالصوت والنغمة ، فتتمكن من شهادته شبهة ، وذلك مانع من قبول شهادته .

غير أن زفر من الأحناف فرق بين أمرين : **الأول** : منهما هو مالا تجوز الشهادة عليه إلا بالمعاينة لا تجوز شهادة الأعمى عليه .

والثانى : ما يجوز الشهادة فيه بالتسامع تقبل شهادة الأعمى فيه لأن الأعمى فى السماع كالبصير . غير أن المخالفين لزفر من الأحناف يقولون إن الأعمى فى أدائه للشهادة محتاج إلى الاشارة إلى المشهود له والمشهود عليه . ولا يتمكن من ذلك إلا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة .

أبو يوسف من الأحناف يقول إذا تحمل الأعمى الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لأن تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به ، وبعد صحة العلم يحتاج الأعمى إلى الحفظ وهو فى ذلك كالبصير ، ويحتاج إلى الاداء باللسان والأعمى فى ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه يكون بذكر الإسم والنسب والاشارة إليهما بالطريق الذى يعلم الأعمى أنه مصيب فيه يكفى لأداء الشهادة وعلل لذلك بأن البصير إذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الإسم والنسب مقام الاشارة إلى العين فى صحة أداء الشهادة فهذا مثل الأعمى .

والرأى الذى نراه هو قبول شهادة الأعمى فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع لأن تقدير شهادته يرجع إلى وجدان القاضى واطمئنانه إلى أداء الشهادة أمامه . والأحناف يقولون « لا تقبل الشهادة من أعمى أى لا يقضى بها ، ولو قضى صح (٢١) وهذا يدل على أن تقدير شهادته متروك لقاضى الدعوى إذا رأى قبول الشهادة لانتفاء التهمة التى اسندت للأعمى بأعتبار العمى .

---

(٢١) قرة عيون الأخبار جزء ص ٨٦

ثالثا – شروط ترجع إلى الشهادة .

١ – إلا تكون الشهادة على خلاف المحسوس . ولذلك أشترط الفقهاء لقبول الشهادة أن لا يكذبها الواقع والحس ، وأن لا يكون هناك ما هو أرجح منها . ويترتب على ذلك أن الشاهد إذا شهد بموت أحد ، وحكم القاضي بوفاته ، ثم تحققت للقاضي بعد ذلك حياته – ولو بعد صدور الحكم – ردت الشهادة ، وانتقض الحكم . وقد قضى بإن الشهادة كطريق من طرق الثبوت في فقه الأحناف تعبر تعبيرا عن الواقع ، وتأكيداً لثبوته ، دون أن تقلب الحق باطلا ، أو تحيل الباطل حقا ، فإن شرطها أن تكون مطابقة للوقائع المادية فلا تكذبها الأمور الحسية ، أو تخرج عن تلك الحقائق الثابتة ، فإن كذبها الحس فلا تقبل ، ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء ، إعتبارا بأن الحس يفيد علما قطعيا ، والشهادة تفيد خبرا ظنيا ، والظن يعارض القطعي (٢٢)

٢ – أن لا تكون الشهادة على النفي الصرف ، وهو الذى لا يحيط علم الشاهد به . فإذا شهد أن فلانا ليس مدينا لفلان ، لم تقبل شهادته لأنها وردت على نفي صرف . ولذلك اشتهر عند الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة ، وفصلوا لكلامهم هذا بأن النفي يكون على أقسام ثلاثة :

الأول : نفي معلوم بالضرورة . هذا النفي تجوز الشهادة به إتفاقا . وحالة النفي المعلوم بالضرورة كما لو شهد الشاهد أن شخصا معينا ليس حاضرا معه وقت أداء الشهادة . أو أن زيدا لم يكن خارج البلاد بالأمس لأنه كان موجودا معه في داره . هذه الشهادة وإن كانت على النفي إلا أنها شهادة صحيحة لأن عدم حضور المشهود عليه وقت إداء الشهادة في الحالة الأولى ، وعدم وجود المشهود عليه خارج البلاد في الحالة الثانية كلاهما وافقتان معلومتان بالضرورة .

الثاني : نفي معلوم بالظن الغالب الناشيء عن الفحص – أى نفي مستند إلى ظن غالب لدى الشاهد ، هذا النفي تجوز الشهادة به . ومثال ذلك الشهادة على حصر الورثه ، وأنه لا وارث غيرهم . فسند الشاهد هنا الظن الذى يقوم على شيء من الفحص ، وقد يكون هناك وارث لم يطلع عليه الشاهد ، ومع ذلك فهي شهادة على النفي مقبولة . وسبب القبول هنا اقتضته ظروف معاملات الناس بعد وفاة المورث . وقد أجاز الشارع في المادة ٣٦١ لائحة صدور حكم

---

(٢٢) طعن ٢٧ / ٤٧ ق س ٢٩ ص ١٨٣٠ ، طعن ٢ / ٥٣ ق س ٣٤ ص ١٨٦٧

شرعى على خلاف ما جاء بتحقيق الوفاة والوارثة القائم على الشهادة المبنة على نفى معلوم بالظن الغالب .

الثالث : نفى غير معلوم بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص وهو النفى غير المنضبط ، ومثاله أن يشهد الشاهد أن فلانا لم يوف الدين الذى عليه . والواقعة المشهود عليها هنا هى « عدم وفاء الدين » وهى واقعة غير منضبطة ، والشهادة عليها شهادة على نفى صرف ، فلا تجوز ، لأن جواز الشهادة إنما يكون فى حالة النفى المنضبط قطعاً أو ظنا (٢٣) وقد قضى بأن المعول عليه فى فقه الأحناف أن الشهادة على النفى تقبل أن كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى (٢٤) قائم بالفعل كما إذا انصبت اقوال الشاهدين على تأكيد واقعة ثابتة بالمستندات . كما تقبل الشهادة على النفى المقيد كمن يدعى أنه أقرض فلانا مبلغا من النقود فى وقت معلوم ومحل معلوم ، فأقام المدعى عليه بينة بأنه لم يكن بالمحل المذكور فى الوقت المذكور ، بل كان فى محل آخر ، قبلت بينته .

هذا ويلاحظ أنه يجوز إثبات الشرط بالبينة ولو كان نفيا ، فمن جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها بغير جناية ثم ضربها بجناية ، وبرهنت امرأته أنه ضربها بغير جناية ينبغى أن تقبل بينتها ، وإن قامت على النفى لقيامها على الشرط (٢٥)

الشهادة على النفى المتواتر عند الناس مقبولة ، فإن علم الكل عدم كون المدعى عليه فى ذلك المكان والزمان كان للشاهد أن يشهد بذلك ولا تسمع على المدعى عليه الدعوى بأن المدعى أقرضه فى المكان والزمان ، ويقضى بفراغ ذمة المدعى عليه لئلا يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لا يدخلها الشك . أما إذا لم يتواتر النفى فلا تقبل البينه عليه (٢٦)

٣ — أن تكون الشهادة موافقة للدعوى – فيما تشترط فيه الدعوى – فإن خالفتها لا تقبل لأن الشهادة المنفردة عن الدعوى غير مقبولة ، فمن تدعى تطليقا لسبب معين ثم تقيم البينة على سبب آخر لا تقبل بينتها .

---

(٢٣) معين الحكام ص ١١٤

(٢٤) طعن ١١ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ٣٩٨

(٢٥) معين الحكام ص ١١٤ .

(٢٦) قرة عيون الأخبار لأبن عابدين جزء أول ص ١٢٣ .

والموافقة كما تشترط بين الشهادة والدعوى ، تشترط أيضا بين شهادة الشاهدين فيما يشترط فيه العدد . فلو وقع خلاف بين الشاهدين لم تقبل شهادتهما ، لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة على المشهود عليه . وقد قضى بأنه وإن كان اشتراط العدد فى الشهادة فى الشرع الإسلامى إنما يعنى أصلا موافقة الشهادة للشهادة بحيث ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الشاهد الآخر ، ولئن اختلفت الأقوال عند الحنفية فيما يتعلق بشرائط موافقة الشهادة للشهادة بين الإمام وصاحبيه ، فالإمام يوجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى - أى يجب عنده لقبول الشهادة تطابق لفظى الشاهدين (٢٧) بطريق الوضع لا بطريق التضمين إلا أن المراد عنده أيضا هو تطابق اللفظين على إرادة المعنى سواء كان ذلك من اللفظ أم بمرادف له . أما الصاحبان فلا يشترطان الموافقة اللفظية فى الشهادة ، بل يكتفيان بالموافقة بطريق التضمين - أى الموافقة المعنوية - ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين ، ولذا يحكمان بالأقل إذا أدعى المدعى مبلغا وشهد الشاهدان بأقل منه ، فالصاحبان يحكمان له بالأقل لدخول الأقل فى المدعى به . وكذلك إذا ادعى المدعى مبلغا وشهد به أحدهما وشهد الآخر بأقل منه ، حكما بالأقل لأن الشاهدين اتفقا على الأقل ، وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما من زيادة (٢٨) وقد قضى بأن المقرر فى الفقه الحنفى أنه وإن كان يتعين لقبول الشهادة

---

(٢٧) المراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين . فإذا ادعى رجل مائة جنيه فشهد شاهد بعشرة وآخر بعشرين لم تقبل الشهادة عند أبى حنيفة لعدم الموافقة لفظا ، وعند الصاحبين يقضى بعشرة جنيهات . فالإمام وإن اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع إلا أنه لم يشترط التوافق فى اللفظ والتوافق فى المعنى الوضعى ، ولذا إذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج ، فإن اللفظين وإن اختلفا إلا أنهما توافقا فى معنى واحد أفادة كل منهما بطريق الوضع ، لأن المخالفة فى اللفظ دون المعنى ، ولذا تقبل الشهادة لأن اللفظ ليس بمقصوده فى الشهادة ، بل المقصود ما تضمنه اللفظ ، وما صار اللفظ علما عليه . فإذا وجدت الموافقة فى ما تضمنه اللفظ لا تضر المخالفة فى اللفظ . فالإمام إذن لا يشترط الاتفاق على لفظ بعينه ، بل إما بعينه أو بمرادفه . أما الصاحبان فقد اكتفيا بالموافقة المعنوية فيحكمان بالإقل فى مسأله المائة جنيه . دلالة اللفظين على المعنى بالتطابق يسميه الفقهاء الاتحاد لفظا ومعنى . أما دلالة أحد اللفظين بالتضمين فيسميه الفقهاء اتحاد معنى فقط . (قرة عيون الأخبار ص ١٤٩ جزء ١)

(٢٨) الهداية جزء ٣ ص ١٢٦ ومعين الحكام ص ١٠٧ .

على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى بل تكفى الموافقة التضمينية بأن توافق شهادتهم بعض المدعى به ، وهى تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شــهد به الشهود باعتباره القدر الثــابت بالبينه من المدعى بـه (٢٩) فإذا كانت الزوجة قد استندت فى طلب التطليق إلى مضارة الزوج لها بضروب من الايذاء منها إهانتها بالفعل ، وكان ما شهد به شاهداها اتهام الزوج لها بالإثم مع زوج شقيقتها هو صورة من صور الاعتداء بالقول المدعى به فإن شهادتهما - وقد وافقت بذلك بعض الدعوى - تكون مقبولة .

وقد تكون الموافقة بين الشهادة والدعوى موافقة تامة بأن يكون ما يشهد به الشاهدان هو عين ما ادعاه المدعى بدعواه ، وقد تكون الموافقة ضمنيه بين الشهود والدعوى ، وهى تقبل اتفاقا ، وذلك بأن يشهد الشاهدان ببعض ما ادعاه المدعى ، وقد قضى بأن الموافقة بين الشهادة والدعوى قد تكون تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى وقد تكون الموافقة ببعض الدعوى وتسمى موافقة ضمنية - وهى تقبل اتفاقا ، ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت من المدعى بالبينة ، ولا تلزم الموافقة فى اللفظ بل تكفى الموافقة فى المعنى والمقصود سواء اتحدت الالفاظ أو تغايرت (٣٠) وقد نصت المادة ١٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل الغائها - على أنه « يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وإن اختلفت فى الالفاظ . وقضى بأنه يكفى لاكتمال نصاب الشهادة أن تتفق شهادة الشهود على ايذاء الزوج على وجه معين تتضرر منه الزوجه ولا ترى الصبر والإقامة معه ، دون أن يشترط لذلك ان تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء ، باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع (٣١) كما قضى بأن الراجح فى مذهب الحنفية أنه لاستكمال نصاب الشهادة يتعين موافقة الشهادة للشهادة بتطابق لفظى الشاهدين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين إلا أن اختلاف اللفظ الذى لا يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول الشهادة ، فإذا كان البين من استعــــراض أقوال شــــاهدى

(٢٩) طعن ٢ / ٣ ق س ٣٤ ص ١٨٦٤
(٣٠) طعن ٤ / ٥٤ ق س ٢٧ ص ١٦٣٨
(٣١) طعن ١٩ / ٥٠ ق س ٣٢ ص ١٨٣٤

الزوجة اتفاق كلمتهما على حضورهما واقعة السب دون واقعة الضرب التي قرر أولهما أنه سمع بها من الزوجة ، في حين ذهب الثاني إلى أنه شهد آثار الكدمات بها بسبب الاعتداء فإن هذين الشاهدين وإن اختلف الفاظهما إلا أن اجماعهما أنصب على معنى واحد هو سمـاعهما بنفسهما الفاظ السباب وشهودهما مجلسه ، وكون الزوجة مصدر علم كل منهما بواقعة الاعتداء ، وبذلك لا يكون هناك تناقض (٣٢)

كما قضى بأن اختلاف الشاهدين في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ، ولا يحول دون قبول شهادتهما كبينة على الإضرار خلوها من تاريخ حصول واقعه الاضرار طالما انصرفت الشهادة لبيان الأضرار والظرف الحاصل فيه . فإذا شهد الشاهدان بأن الزوج يضرب زوجته وأنه هجرها منذ سنوات وأن الثاني شهد برؤيته له يضربها ويطردها من منزل الزوجية كان مفاد هاتين الشهادتين هو اعتداء الزوج على زوجته بالضرب وهجره لها مما يتوافر به الإضرار (٣٣) وقد كانت المادة ١٧٢ من اللائحة القديمة تنص على أنه « يكفى في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وإن اختلفت الالفاظ . وكذا في مطابقة الشهادة للدعوى » وقد قال شراح اللائحة بعدالة هذا النص لأن من الإحراج أن نتطلب من الشهود أن يتحدوا في اللفظ والمعنى في الشهادة التي يؤدونها ، بل إن ذلك يكون من قبيل المستحيل اللهم إلا إذا لُقنوا الشهادة تلقينا . فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » (٣٤)

وتكفي في موافقة الشهادة للدعوى ، أن توافق شهادة الشهود بعض المدعى به في الدعوى ، وإن تكون أقوالهم متوافقة في إفادة ما قصده المدعى في دعواه . وقد قضى بأنه وإن كان من المقرر في فقة الحنفية أنه يتعين لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى ، وإن ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الشاهد الآخر ، إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة ، بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى ، وإن تتطابق أقوالهم في اللفظ والمعنى معا ، بل يكفي أن توافق شهادتهم بعض المدعى به ، وأن تتوافق أقوالهم في إفادة المعنى المقصود بالدعوى فإذا كانت المطعون ضدها قد أقامت دعواها بطلب التطليق تأسيسا على اعتداء الطاعن عليها بالقول أو الفعل اعتداء بالغا واحضرت للاثبات شاهدين شهدا باعتدائه عليها بالسب المقذع ، وهي صورة من

(٣٢) طعن ١٣ / ٤٣ ق س ٢٦ ص ١٤٤٠

(٣٣) طعن ٤٧ / ٤٨ ق س ٣١ ص ٧٥٥

(٣٤) راجع احمد قمحه وعبد الفتاح وسيد . ص ٤٠٨

صور الاعتداء بالقول المدعى به ، وبذلك تكون شهادتها قد وافقت بعض المدعى به ، فتقبل باعتبار أن أخذ القاضي بها يجعل المشهود به هو القدر الثابت من الدعوى بالبينة . كما أن أقوال الشاهدين وان لم تتطابق في اللفظ إلا أنها توافقت بما اشتملت عليه من الفاظ للسباب تفيد معنى واحدا فتعتبر شهادتهما قد اتفقتا بطريقة التضمين ، وهو ما يكفي بتطابقهما ، ولا يغير من ذلك تفاوتهما في بيان حالة الانفعـــال التى كان عليها الطاعن وقت توجيه السبـــــاب إلى المطعون ضدها (٣٥)

يقول أبن نجيم في الاشباه « الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت ، والا لا . واستثنى الفقهاء عدة مسائل هي :

١ — إذا دعى ديناً بسبب فشهد الشاهدان بالدين مطلقا تقبل شهادتهما .
٢ — إذا شهد الشاهدان بأقل من المدعى به لدخول الأقل في المدعى به .
٣ — إذا ادعى أنه تزوجها وشهد الشاهدان أنها منكوحة .
٤ — إذا ادعى ملكا مطلقا بلا تاريخ فشهدا به بتاريخ .
٥ — إذا أدعى انشاء فعل كغصب وقتل فشهدا بالاقرار به .
٦ — إذا ادعى الكفالة عن فلان فشهدا بها كفالة عن آخر .
٧ — إذا أدعى ملك عين بالشراء من رجل لم يعينه فشهدا بالمطلق .
٨ — إذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بسبب وقال المدعى هو لى بذلك السبب .
٩ — إذا ادعى الايفاء فشهدا بالإبراء أو التحليل .
١٠ — إذا ادعى الهبة فشهدا بالصدقة (٣٦)

رابعا : شروط ترجع إلى المشهود به .

يشترط في المشهود به أن يكون معلوما للشاهد ، لأن فائدة الشهادة الزام المدعى عليه ، ولذا لا يصح للشاهد أن يشهد بشيء حتى يحصل له به علم ، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم الشاهد ، وقطع بمعرفته ، لا بما شك فيه ، ولا بما يغلب على الظن معرفته .

والعلم بالمشهود به يدرك بأحد أربعة أشياء :

١ — العقل بانفراده ، فإنه يدرك بعض العلوم الضرورية ، ويعلم به حال فسق الشاهد من صحة وسقم وإيمان . ولذلك تصح شهادة الشاهد بما علم عن العقل وحده ، كما إذا شهد بأن الاثنين اكثر من الواحد ، أو شهد بأنه في حالة مرض .

---

(٣٥) طعن ٣٣ / ٥٠ ق س ٣٢ ص ٩٩٦

(٣٦) الاشباه لابن نجيم ص ٢٢١

٢ — العقل مع الحواس – حاسة السمع وحاسة البصر وحاسة الشم وحاسة الذوق وحاسة اللمس . فالعقل يدرك مع حاسة السمع الكلام ومع حاسة البصر يدرك جميع الاجسام والاعراض والمبصرات . ويدرك بالعقل مع حاسة الذوق جميع المطعومات والمذوقات وهكذا .

٣ — حصول العلم بالاخبار المتواترة كالعلم بظهور النبى ﴿ﷺ﴾ ، وأخبار السلف وغير ذلك .

٤ — العلم المدرك بالنظر والاستدلال ، وكذلك ما علم من جهة الضرورة ، ومن ذلك شهادة أهل الخبرة فى قدر الضرر وحدوثه ، وشهادة المؤمن بأن الله حق ، وأن محمدا عبده ورسوله .

وقد قضى بأن من شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ، وذاكرا له وقت الأداء ، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد ، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به ، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضى الحق ، ونفس الحق المشهود به (٣٧)

الأصل أنه لا إلزام بمجهول ، ولذلك يتعين « معلومية المشهود به » وهذه المعلومية تختلف باختلافه . فإذا كان المشهود به دينا فى الذمة ، فطريق العلم به أن يعين الشاهد جنسه ونوعه وصفته ومقداره . وإن كان المشهود به عينا منقوله فــإن كانت هذه العين موجودة فى مجلس القضاء فمعلوميتها تكون بالاشارة إليهــا ، وإن كانت هالكة كانت الشهادة بالقيمة – وهى دين . أما إذا كان المشهود به عقارا قريباً من مجلس القضــــاء فمعلوميته بالاشارة إليه من غير تحديد ، وإن كان بعيدا فمعلوميته بذكر العقــار وإن لم يكن مشهــورا ، فلا بد من ذكر حدوده الأربعة واسمــاء أصحابها . وقد قضى بأن الأحنــاف وإن أوجبوا على الشــاهد ذكر اسم الخصم واسم أبيه وجده إن كان غائبــا أو الاشــارة إليه إن كان حــاضرا ، إلا أن ايجابهم ذلك ليس مقصــودا لذاته دائما وإنمــا هــدفوا منه إلى تأكيد معرفة الشــاهد للخصم تحقيقا لصحة أداء الشهــادة التى من شروطهــا عندهم أن يكون المشهود به معلومــاً حتى يتيسر القضـــاء .

---

(٣٧) طعن ٢٧ / ٤٧ ق س ٢٩ ص ١٨٣٠ .

اختلاف الشاهدين فى المشهود به .

إذا اختلف الشاهدان فى المشهود به بطلت شهادتهما لأن المدعى – بادعائه يكذب أحد شاهديه ، إلا أن الاتفاق على المشهود به ، والاختلاف فيما لم يكلف الشاهدان حفظه وفعله فى الوقت والمكان ، لا يقدح فى شهادتها ، فإذا اتفق الشاهدان على الطلاق ، واختلفا فى ثياب المطلق أو المطلقة ، ووقت وقوع الطلاق ومكانه أو فيمن حضره ، فإن ذلك لا يقدح فى شهادتهما لأن الشاهدين إذا سكتا عن بيان الوقت أو المكان ، أو وقت الحضور لم يسألهما القاضى عن ذلك ، ولو سألهما وقالا لا نحفظ ذلك لا تبطل شهادتهما . أما الأختلاف فى جنس المشهود به فإنه يبطل الشهادة لأن المدعى يكذب أحد شاهديه ، ولأن المشهود به يختلف عن المدعى به ، فيصبح – المدعى به – بغير شهادة شاهدين – أى نصاب شهادة كامل . فإذا ادعى المدعى مالا وشهد أحد الشاهدين بالمال وشهد الآخر بدار مثلا بطلت شهادتهما .

صور اختلاف الشاهدين فى المشهود به .

١ – إذا كان المشهود به فعلا . فإن اختلاف الشاهدين فى زمان الفعل ومكانه يمنع قبول شهادتهما . وسبب ذلك أن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر ، وعلى هذا يختلف المشهود به . فإذا ادعت الزوجة اعتداء الزوج عليها بالضرب فى مدينة الاسكندرية فى زمن كذا ، وشهد بذلك أحد شاهديها وشهد الآخر بأن الاعتداء كان فى مدينة القاهرة فى نفس الزمن الذى حدده الشاهد الأول لا تقبل شهادتهما لأن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر .

٢ – إذا كان المشهود به قولا محضا . فإن اختلاف الشاهدين فى زمان القول أو مكانه لا يمنع قبول شهادتهما لأن القول مما يعاد ويتكرر وجوده . ومن القول المحض الشراء والطلاق والوكالة والوصية والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف . وقد قضى بأن المقرر فى فقة الأحناف أن الشهادة فيما هو قول محض ، وفيما يستوى فيه لفظ الانشاء ، ولفظ الإخبار ، لا يضرها ولا يبطلها ولا يمنع من قبولها الاختلاف الحاصل بين الشهادتين لأن القول مما يعاد ويكرر ، ولأنهما لم يكلفا حفظ ذلك . وإذ ذهب الحكم إلى أن الشاهدين قد اجتمعت كلمتهما على أن الطاعن وجه إليها الفاظ سباب معينه فى زمان ومكان واحد ، واعتبر هذه الواقعة تشكل مضارة موجبة للتطليق فإنه لا يوهن فيها

اختلافهما فى بيان مظهر الأنفعال التى انطبعت آثاره على المطعون عليها أو فى اشخاص الحضور بمجلس السباب (٣٨) وقضى بأنه إذا كان المشهود به قولا محضا فإن اختلاف الشاهدين فى الزمان أو المكان لا يمنع من قبول شهادتهما (٣٩) فإذا كانت أقوال الشاهدين قد توافقت على قول محض ، واعتداء وقع من الزوج على زوجته بالسب على سمع من الشاهدين فتكون شهادتهما مقبوله وأن اختلف الشاهدان فى زمان الواقعه المشهود بها .

٣ — إذا كان المشهود به قولا لكن الفعل شرط لصحته .فإن اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان يمنع قبول شهادتهما ، لأن اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان يترتب عليه اختلاف المشهود به ، إذ الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر مثال ذلك النكاح فإنه قول – ايجاب وقبول – وحضور الشاهدين فعل ، وهو شرط صحة النكاح . وقد قضى بأن المقرر فى الفقه الحنفى أنه يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف فيها متى كان المشهود به قولا ملحقا بالفعل من قبيل النكاح لأنه وإن كان عبارة عن ايجاب وقبول وهما قولان إلا أنه يشترط لصحته حضور شاهدين وهو فعل فألحق – القولان – بالفعل ، ولئن كان اختلاف الشاهدين فى زمان النكاح يعتبر مانعا فى الأصل من قبول الشهادة والاعتداد بها ، إلا أن العبرة فى الأخذ بالشهادة أو إطراحها هو بالمعنى لا باللفظ ، فليس يشترط أن يحدد الشاهدان الزمان والمكان فى الفاظ واحدة بل يكفى أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقعة بعينها وأن تنصرف الشهادتان وبما لا يوجب خللا فى المعنى إلى ذات الزمان والمكان (٤٠) فإذا كان ما شهد به الشاهدان يؤدى بصريح اللفظ إلى تطابق شهادتهما على قيام فراش جمع بين الطاعن والمطعون ضدها فى يوم كذا فإنه لا يؤثر فى شهادتهما ما قرره أولهما من تحديد يومه واغفال ثانيهما هذا التحديد طالما توافقت أقوالهما على حصول العقد بمجلس بعينه .

٤ — إذا كان المشهود به إقرارا فإن اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبـول شهادتهما ، لأن الإقرار مما يعاد ويكرر ، فيكون عين الاقرار الأول ، فلم يختلف المشهود به ، مثال ذلك أن يشهد الشاهدان على إقرار رجل بدين أو ابـــراء من مـــال (٤١) ، وكذلك الحال إذا شهـدا على إقرار رجل بطلاق إمرأته .

---

(٣٨) نقض ١٢ / ٤٣ ق س ٢٦ ص ١٤٠٠
(٣٩) نقض ٤٨ / ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٦٥٨
(٤٠) طعن ٦ / ٤٦ ق س ٢٨ ص ١٧٦٤
(٤١) قرة عيون الاخبار .

إذا اختلف الشاهدان فى الانشاء والاقرار - كأن يشهد أحدهما بالقتل ويشهد الآخر بالاقرار بالقتل ، أو يشهد أحدهما بالغصب والآخر بالاقرار به . اختلاف الشاهدين هنا يمنع قبول شهادتهما لأن اختلافهما وقع فى الفعل . وكذلك الحال أن يشهد أحد الشاهدين أنه قتل عمداً بالسيف والآخر أنه قتل بالسكين لم تقبل الشهادة لأن القتل لا يتكرر باختلاف الآلة . فالاختلاف بين الشاهدين مرده أن أحدهما شهد بانشاء الفعل والآخر شهد بالاقرار عليه .

إذا كان اختلاف الشاهدين منصبا على التصرف كأن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به تقبل شهادتهما ، لأن صيغة الإنشاء والإقرار فى هذه التصرفات واحدة بأن يقول الشاهد بعت وأقرضت ، وفى الاقرار كنت بعت واقرضت وهذا لا يمنع قبول الشهادة .

أما فى القذف فإذا شهد أحد الشاهدين بإنشاء القذف والآخر بالاقرار به فإن شهادتهما لا تقبل ، وإن كان المشهود به قولا ، لأن فى القذف صيغة الإنشاء بخلاف صيغة الإقرار به ، فيقول فى الإنشاء زنيت ، أو يازانى بينما فى الإقرار به يقول قذفته ، وهما مختلفان لأن أحد الشاهدين إنشاء القذف ابتداء والآخر حكى عن القذف فلا تقبل شهادتهما

اختلاف الشاهدين فى السبب كأن يشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة فلا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بعقدين مختلفين - أى بسببين مختلفتين (٤٢)

اختلاف الشاهدين فى السبب يبطل الشهادة ، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها للضرر وشهد شاهدها بعدم الانفاق فإن شهادتهما لا تقبل لعدم البينة على الضرر المدعى به ، وإن شهد أحدهما على الضرر والآخر على عدم الانفاق كان أحدهما مكذبا لا محالة وليس على الضرر حجة .

خامسا : شروط تلزم فى المشهود له والمشهود عليه .

يشترط فى المشهود له والمشهود عليه أن يكون كل منهما مميزا عن غيره ويكفى فى تعيين المشهود له والمشهود عليه ذكر ما يعرف به ولو الاسم والشهرة فقط (مادة ١٧٧ قبل الغائها - اللائحة بالقانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ .

سادسا : شروط ترجع إلى مكان الشهادة

يشترط الفقهاء أن تكون الشهادة فى مجلس القضاء ، وكل شهادة فى غيره

---

(٤٢) معين الكان ص ١٠٦ .

لا تعتبر ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها ، وإنما تصير بالنقل إلى مجلس القضاء (٤٣) لأن الشهادة لا تكون ملزمة الا بالقضاء ، ولذلك تختص بمجلسه .

الشهادة السماعية

شهادة السماع لها ثلاثة مراتب

المرتبة الأولى : شهادة تفيد العلم ويعبر عنها بالتواتر بأن يتلقى الشاهد عن جمع من الناس اختلفت مواطنهم ، واتفقوا على عدالتهم ، وأمانتهم وصدقهم ، ولا يتصور تواطؤهم على الكذب ، ونقلوا اخبارهم عن أمثالهم . فإذا تلقى الشاهد عن هذا الجمع من الناس أفاده علما قاطعا ، وكان بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم . مثل ذلك السماع بأن مكة موجودة .

المرتبة الثانية : شهادة الاستفاضة . هذه الشهادة تفيد ظنا قويا يقرب من القطع ، وترفع عن شهادة السماع ، كمن يشهد أن عليا ابن ابى طالب ، ولم يعلم لذلك أصلا ، هذه الشهادة يجوز الاستناد إليها . وحكمها حكم الخبر المستفيض – أى الخبر المشهور الذى يتلقاه الشخص عن عدد كثير من الثقاة الذين لم يبلغوا حد التواتر .

المرحلة الثالثة : شهادة السماع – وفيها يجوز للشاهد أن يشهد إذا أخبره من يثق به ، ويشتهر عنده الأمر المشهود به ، ويستفيض ، وقد أقيمت الشهرة والاستفاضة مقام العيان فى المسائل التى تثبت بالتسامع . وقد اشترط أبو يوسف أن يقع فى قلب الشاهد ما يشهد به ، لأن الأصل فى الشهادة اليقين ، وعند تعذره يصار إلى ما يشهد له القلب . واشترط أيضا لجواز الشهادة بالتسامع أن لا يخبر الشاهد رجلان عدلان بإن المشهود به لغير من يشهد له ، فلو أخبراه بذلك لم تجز له الشهادة . هذا بخلاف ما إذا شهد عدل واحد لأن شهادة العدل الواحد لا تزيل ما وقر فى قلب الشاهد فلا يحل له أن يمتنع عن أداء الشهادة .

والشهادة السماعية أما مباشرة أو غير مباشرة

والشهادة المباشرة هى التى يقرر فيها الشاهد فى مجلس القضاء بالواقعة المشهود بها ، والمراد إثباتها ، باعتبار حدوثها تحت سمعه وبصره ، وتسمى الشهادة من الدرجة الأولى ، وهذه أعلى درجات الشهادة .

الشهادة غير المباشرة وهى الشهادة السماعية وهى التى يقصد الفقهاء الكلام عليها وفيها يقرر الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المشهود بها ، والمراد اثباتها ، وهذه الشهادة أدنى درجات الشهادة ولا تقبل إلا فى الحالات التى يحددها الشارع . وتسمى الشهادة من الدرجة الثانية لأن الشاهد يشهد بما سمعه رواية عن غيره ، وأن هذا الغير هو الذى رأى الواقعة المشهود بها بعينه وسمعها بسمعه .

والشهادة بالتسامع لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأى الشائع فى جماهير الناس عن هذه الواقعة ، فالشاهد فيها لا يروى عن شخص معين ، ولا عن واقعة بالذات ، وإنما يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة ، وما شاع بين الجماهير فى شأنها ، ولذلك تخضع هذه الشهادة من حيث قيمتها فى الاثبات لتقدير قاضى الموضوع ، وهى غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به .

ومقتضى النصوص والقياس لا يسوغ للشخص أن يشهد بما سمعه عن غيره لقوله ﴿ﷺ﴾ « إذا علمت مثل الشمس فاشهد » لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة . والشاهد فى شهادة السماع وشهادة الاستفاضة لم يحصل له العلم الذى هو ركن الشهادة ومع مخالفة الشهادة بالسماع للنص والقياس إلا أن الأحناف قبلوها بالاجماع فى أربعة أشياء ولو لم يقطع الشاهد بها من جهة المعاينة . وهذه الاشياء الأربعة هى :

١ – **النكاح** – يجوز للشخص أن يشهد به سماعا إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان بأن هذه المرأة امرأة فلان ، وتكون شهادته على البتات – أى القطع رغم أن الشاهد لم يحصل له العلم بالنكاح بالمعاينة . وقد قضى بأن ما أحله مذهب الحنفيه للشاهدين من أن من يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه مشروط بأن يشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة الحقيقية أو الحكيمة على الرأى الراجح وهو رأى الصاحبين ، فلا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعى النكاح نفسه أو بناء على اخبار منه أو وليد استشهاده . س ٢٨ ص ١٥٨٦ . طعن ٤٦\١ ق .

٢ – **النسب** – يجوز للشاهد أن يشهد سماعا أن فلانا إبن فلان أو أخوه ، إذا سمع الناس يقولون بذلك أو أخبره عدلان أو رجل وامرأتان وقد قضى بأن الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه ، إلا أن فقهاء الحنفية استثنوا من ذلك مسائل منها ما هو

بإجماع كالنسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع بين الناس وإن لم يعاينه بنفسه ، ومع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد تسامعا إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع في قلبه صدقه لأن الثابت بالتواتر والمحسوس ســواء . أو يخبره به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصبح له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به . والمتون قاطبة والنقول المعتبرة أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضي ردت شهادته ولا تقبل في جميع المواضع التي تجوز الشهادة فيها بالتسامع س ٢٨ ص ١٣٣٣ . ومعنى التفسير أن يقول الشاهد القاضي أنه يشهد بالتسامع أو اشهد لأنني سمعت من الناس وسبب رد هذه الشهادة أن القاضي لا يزيد علما بها ، بمعنى أن شهادة الشاهد لا تزيد القاضي علما ولذلك لا يجوز له أن يحكم بمقتضاها .

٣ - **الموت** - يثبت بالشهرة بخبر الواحد العدل رجلا كان أو امرأة ولم يشترط فيه الأحناف لفظ الشهادة لأن الموت قد يتفق في موضع لا يحضره إلا الواحد ، فلو لم يثبت الموت بالشهرة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت وهذه ضرورة من أجلها يثبت الموت بالاشتهار وبخبر الواحد ، لأنه إذا اشترط العدد في الشهادة على الموت تسبب عن ذلك الحرج ، لأن الموت لا يقوم بمباشرة أسبابه من غسل وغيره إلا واحدا ، كما أنه إذا شهد الشاهد الجنازة أو الدفن ، أو أخبر بالموت من يثق به جاز له أن يشهد بالموت على البتات .

وقد يسر الاحناف في الشهادة على الموت فقالوا إنه - أي الشاهد - إذا لم يعاين الموت إلا واحد ، فلو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده فماذا يصنع ؟ قالوا يخبر - أي الشاهد - بذلك عدلا مثله ، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته مع ذلك الشاهد ، فيقضي القاضي بشهادتهما .

٤ - **القضاء** - أي ولاية القضاء . يجوز للشاهد أن يشهد بها سماعا إذا سمع الناس يقولون هذا قاضي بلد كذا .

هذه الأشياء الاربعة تثبت بالشهرة والتسامع إجماعا عند الاحناف . غير أن هناك أشياء أخرى أجاز فيها الاحناف الشهادة بالتسامع ولكنها ليست محل اجماعهم ، وإنما فيها خلاف وهي :

١ - **الوقف** - الشهادة بالتسامع في الوقف فيها رأيان أولهما وهو المختار - أنه إذا اشتهر أن الوقف وقف فلان على كذا جاز للشاهد أن يشهد ،

لأنه إذا لم يجز ذلك ادى إلى استهلاك الاوقاف القـديمة . وثانيهما لا تجوز الشهادة بالتسامع على الوقف لأن الوقف قربة والإخفاء بالقرب أكثر من الإعلان بها فيعتبر بمنزلة الإملاك .

غير أن الصحيح هو جواز الشهادة بالتسامع على أصل الوقف لأنه يبقى بعد انقضاء القرون ، وأنه يشتهر . أما شرائط الوقف فلا يجوز الشهادة عليها بالتسامع(٤٤)

٢ - **المهر** - ورد عن محمد (٤٥) روايتين الأولى أنه لا تجوز الشهادة على تسمية المهر بالسماع الا أن يشهد على شهادة من حضره . والثانية تجوز الشهادة بالتسامع على المهر إذا أخبر الشاهد جمع من الناس أنها زوجته على كذا من المهر .

٣ - **الدخول** - الشهادة بالتسامع على الدخول محل خلاف . فقيل تجوز لأن الدخول أمر يشتهر وتتعلق به أحكام مشهورة . منها النسب والعدة وثبوت الإحصان .

ووجه استحسان الأحناف شهادة التسامع فى المسائل السابقة أن هذه المسائل يختص بمعاينة أسبابها خواص الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمن ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام (٤٦) وقد قضى بأن الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين أو السماع بنفسه ، إلا أن فقهاء الأحناف استثنوا من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع بين الناس استحسانا وإن لم يعاينه بنفسه ، ومع ذلك لم يجوزوا للشاهد تسامعا - أن يشهد - إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقه ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء ، أو يخبره به بدون اشتهار رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصح له نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به . والمتون قاطبة أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسـر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى

---

(٤٤) راجع المادة ١٢٧ لائحة

(٤٥) أحد صاحبى أبا حنيفة

(٤٦) الهداية جزء ٣ ص ١٢٠ ومعين الحكام ص ١٠٩

جميع المواضع التى يجوز للشاهد فيها أن يشهد بالتسامع (٤٧) إلا أن الظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد تسامعا فى المواضع التى بينوها وجب أن يقضى القاضى بشهـــادته وإن فسر ، وإلا كان المقام ما يشبه التناقض إذ كل ما فى الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ، ولا يحملون القاضى ذلك ، ولا معنى لبقاء القضاء فى مثل هذا القياس والأخذ فى الشهادة بالاستحسان(٤٨)

وقد قضى بأن البينة فى اثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين تكون بشهاده أصلية من رجلين أو رجل وامرأتين عدول اخذا بأرجح الأقوال فى فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه إعمالا لنص الماده ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحكمة الشرعية فإذا كان الشاهد لم ير بنفسه السب أو الضرب التى تدعيه الزوجه على زوجها ، وإن مجرد شهادته فى هذا الخصوص تأتى نقلا عن الزوجة أو عن والدها فإن شهادة هذا الشاهد تكون سماعية وغير مقبولة ولا تكتمل بها شهادة الشاهد الآخر ، فلا يبقى من البينة إلا شطـرها الآخر الذى لا يكتمل به نصابها الشرعى(٤٩)

والشهرة فى المسائل التى تثبت بالسماع لها طريقان هما :

١ - طريقى حقيقى - ويسمى بالشهرة الحقيقية - وهو التواتر . بأن يشتهر الأمر المشهود به ويسمع به الشاهد من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب . والتواتر شرط . ولا تشترط العدالة فى العدد الذى يتواتر به الخبر المشهود به . وكذلك لا يشترط فيهم الاسلام . وقد قضى بأنه لما كان الأصل فى الشهادة الإحاطة والتيقن ، وكان فقهاء الأحناف وإن أجازوا الشهادة بالتسامع فى مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ، إلا أنهم لم يجيزوا للشاهد أن يشهد تسامعا إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ، ويقع فى قلبه صدقه أو يخبره به - بدون اشتهار - رجـــلان عدلان أو رجل وامرأتـان عدول ،

---

(٤٧) طعن ١٢ / ٤٥ ق س ٢٧ ص ١٣٣٣

(٤٨) طعن ١ / ٤٦ ق س ٨ ص ١٥٨٣

(٤٩) طعن ٢٥ / ٥٤ ق ح ٢٥ / ١٢ / ٩٨٤ لم ينشر .

فيصح له نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به ، وإن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى حق المواضع التى يجوز للشاهد أن يشهد فيها بالتسامع (٥٠) فإذا كان الشاهد الأول قد ذهب إلى أنه علم بوفاه المتوفاه نقلا عن والده ، وأن الثانى اسند علمه بذلك إلى أنه كـان يشاهدها من صغره تقيم فى المنزل ، وكان تحديد أولهما مصدر التسامع ما شهد به بهذا النحو لا يتوافر به التواتر الذى لا يصح بغيره شرعا اعتبار اقواله سامعا فضلا عن أنه ينبىء عن معنى التفسير ، ويكشف عن المصدر الذى استقى منه شهادته ، وأن ما أورده الشاهد الثانى مصدرا لعلمه بعقم المتوفاه - وهو رؤيته لها بمنزلها - لا يستقيم به التدليل على احاطته بالمشهود به على سبيل التقين والقطع .

٢ - طريق حكمى - ويسمى بالشهرة الحكمية - وهو ما يثبت بشهادة رجلين عدلين . وقيل إن الاشتهار بشهادة الرجلين العدلين أو الرجل والمرأتين يكون بدون اشتهار . بشرط أن يقع فى قلب الشاهد أن الأمر المشهود به كذلك - أى كما يشهد - ويصدقه قلبه ، لأن الأصل فى الشهادة اليقين ، وعند تعزره يصار إلى ما يشهد به القلب . وهذا الطريق يسمى بالشهرة الشرعيه .

نصــاب الشــهادة

يختلف نصاب الشهادة بأختلاف المشهود عليه . وقد قسم الفقهاء المشهود عليه اربعه مراتب هى :

أولاً : الشهادة على الزنا . يشترط فى هذه الشهادة عدد الأربعة فى الشهود لأن الزنا موجب للحد ، وقد ثبت ذلك بقوله تعالى « فاستشهدوا عليهن أربعه منكم » وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » . وليس فى معنى ذلك سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضى بإشاعة الفاحشة . ولهذا شرط زيادة العدد فى الشهود . والمقصود بالشهادة هنا الشهادة على اثبات الزنا .

ثانيا : بقية الحدود الأخرى . يشترط فى الشهادة عليها رجلان ولا تقبل فيها شهادة النساء أصلا لأن فى شهادتهن شبهه البدليه ، إذ أن كل اثنتين منهن تقومان مقام رجل واحد فلا تقبل شهادتهن فيما يندرئ بالشبهات وهو القصاص والعقوبات .

---

(٥٠) طعن ١٩ / ٤٩ ق س ٣٢ ص ٢٠٩٥ .

ثالثا : ما تثبت فيه الحقوق مع الشبهات ، سواء كان الحق مالا أو غير مال كالبيع النكاح والعدة والنسب والوصية والهبة والطلاق وغير ذلك والقتل الذى لا قصاص فيه ، وإنما يوجب المال . نصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتان قال تعالى « فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان » ومعنى ذلك أنه إذا لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان .

رابعا : الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال عادة من شؤون النساء . فتقبل هنا شهادة امرأة واحدة لقوله(ﷺ) شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه . والنساء هنا جاءت بالجمع المحلى بالألف واللام يراد به جنس النساء فيتناول الأقل . ولذلك تقبل شهادة المرأة الواحدة في الولادة والبكارة والثيوبة والحيض والحمل والسقط والاستهلال والعيوب بالنساء التى لا يطلع عليها الرجال ، وفى كل ما تحت ثيابهن . ووجه ذلك أنه لما كانت هذه الأمور مما لا يحضـــرها الرجال ، ولا يطلعون عليها ، أقيم فيها النســـاء مقام الرجـــال للضرورة .

الشهادة على استهلال (٥١) الصبى لا تقبل فى حق الارث عند أبى حنيفة وتقبل عند صاحبيه .

إذا بطلت الشهادة فى البعض ، فهل تبطل فى الكل ؟ كأن تدعى اخت وأخيها شيئا ويشهد لها زوجها ورجل آخر ، فإن شهادة زوجها ترد فى حق الزوجة وأخيها وكذلك الحال إذا شهد الشاهدان لمن لا تجوز شهادتهما له ولغيره ، فإن الشهادة لا تجوز لمن لا تجوز له اتفاقا عند الاحناف ، واختلف فى حق الآخر ، والمعتمد عندهم عدم الجواز كما يفيده إطلاقهم – وهذا مذهب محمد . وعند أبى يوسف يجوز أن تبطل الشهادة فى البعض وتبقى فى البعض (٥٢)

وقد أجاز القضاء استكمال نصاب الشهادة إذا طلب ذلك من المحكمة ، وقد قضى بأن استبعاد شهادة الإبن لوالده أو الـوالد لإبنه لا يمنع المشهود له من استكمال نصاب الشهادة إذا طلب ذلك من المحكمة إذ لا يسوغ القول بأن استبعـــاد شهادته ينطوى على حرمان المشهـــود له من استكمال نصاب الشـــهادة (٥٣)

---

(٥١) استهلال الصبى عند ولادته = رفع صوته بالبكاء عند الولادة ، وكل شىء ارتفع صوته فقد استهل . والحديث فى استهلال الصبى « إذا ولد لم يرث ولم يورث حتى يستهل صارخا » وذلك أنه يستدل على أن الصغير ولد حيا بصوته .

(٥٢) قرة عيون الاخبار جزء ١ ص ١٣٣ .

(٥٣) طعن ٨ / ٢٦ ق س ٣١ ص ١٨١ .

يتعين لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافها لا يوجد الإشطر الشهادة ، وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد فإذا كان نصاب الشهادة على الضرر الموجب للتطليق - وفقا للراجح فى مذهب أبى حنيفة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، وكان أحد الشاهدين وإن شهد بأن الزوج تهجم على زوجته فى حضوره حال وجوده فى منزلها ، إلا أنه لم يفصح عن كيفيه حصول التهجم المشهود به ، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر من الزوج تجاه زوجته ، وتقدر ما فيه من اساءة لها وتتضرر أمثالها منه ، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادج على المضارة التى شرع التفريق بين الزوجين بسببها (٥٤)

إذا شهد أحد الشاهدين بالواقعة المشهود عليها ، وفصلها أمام القاضى ثم جاء الشاهد الثانى وقال وأنا أشهد كشهادته لم تقبل شهادة الشاهد الثانى حتى يتكلم كل شاهد بشهادته والفتوى على هذا عند الاصناف .

شهادة النساء .

الأصل فى شهادة النساء القبول ، لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة ، وهى المشاهدة التى يحصل العلم بها للشاهد ، والضبط ، وبه يبقى العلم لدى الشاهد . والأداء وبه يحصل العلم للقاضى . ولا تفاوت بين الرجال والنساء فى هذا ، بل قد تفوق المرأة الرجل فى ذلك أحيانا .

نقصان الضبط عند النساء - بزيادة النسيان - وهو نقصان فى جنسها يثبت به شبهة العدم ، ثم الضلال والنسيان غلب عليهن ، وسرعة الانخداع والميل إلى الهوى ظاهر فيهن ، بما يمكن التهمة فى الشهادة ، وهذه التهمة امكن التحرز منها بجنس الشهود فلا تكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك . ونقصان الضبط عند النساء لم يمنع روايتها للأحاديث المقررة للأحكام العامة . وقد انجبر هذا النقصان بضم الأخرى إليها عند أداء الشهادة ، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ، ولهذا لا تقبل شهادة النساء فيما يندرئ بالشبهات لقوله ﴿ﷺ﴾ « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

وقيل بأنه لا نقصان فى عقل النساء فيما هو مناط التكليف ، بل فيما هو العقل بالملكة ، ففيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهات باستعمال

---

(٥٤) طعن ٣١ / ٥١ ق س ٣٤ ص ٢٥١

الحواس الجزئيات ، وبالنسبة أن ثبتت ، فإنه لو كان ذلك نقصانا لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان . (٥٥)

وتقبل شهادة المرأة بانفرادها فيما لا يطلع عليه الا النساء كالولادة ، والبكارة ، والثيوبة والحيض والحمل والسقط والاستهلال ، وفي كل ما تحت ثيابهن ، لأن هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ، ولا يطلعون عليها ، ولذا أقيم فيها النساء مقام الرجال للضرر قال ﴿ﷺ﴾ « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه »

كيفية أداء المرأة للشهادة

شهادة المرأتين ليست بنصاب تام للشهادة ، ولكن كل منهما بمنزل شطر العلة قال تعالى « أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » . والمرأتان شاهد واحد والشاهد الواحد لا يتم به نصاب الشهادة .

والأصل أنه لا يفرق بين المرأتين عند أداء الشهادة ، لأن الجمع بينهما أمام القاضي – عند الأداء – قصد به حسن ضبط الخبر والرواية أمامه ، بحيث إذا نسيت احدى المرأتين ذكرتها المرأة الأخرى . وقد حكى أن أم بشير شهدت هي وأم الإمام الشافعي عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما ، فقالت ام الشافعي ليس لك ذلك ، قال تعالى « أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى » فسكت الحاكم . قال السبكي بعد أن نقل هذه الحكاية ، وهذا فرع حسن ، واستنباط جيد ، ومنزع غريب . إلا أن هذه الرواية كما يرى بعض فقهاء الأحناف ليست صريحة في أن الأصل عندهم عدم التفريق بين المرأتين وقت أداء الشهادة إذا ارتاب القاضي (٥٦)

فالاحناف يرى بعضهم أنه إذا ارتاب القاضي عند أداء النساء الشهادة أمامه أن يفرق بين المرأتين ولا يجمع بينهما . والشافعي يرى اطلاق القول بأن الحاكم إذا ارتاب عند أداء النساء للشهادة استحب له أن يفرق بين المرأتين .

ارتياب القاضي شرط للتفريق بين المرأتين عند ادائهما الشهادة أمامه ، وعلى ذلك لابد أن يكون لهذا الارتياب أصل يثبت بالأوراق ، كأن تتدخل إحدى المرأتين

---

(٥٥) المراد بقوله ﴿ﷺ﴾ « ناقصات عقل » المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحهن للولاية والخلافة والامارة . قرة عيون الاخبار ص ٥٣ جزء ١ .

(٥٦) قرة عيون الأخبار جزء ١ ص ٥٣ .

فى أداء الأخرى للشهادة ، دون أن يكون هناك ما يفيد أنها تضل وقت الأداء ، أو أن يشعر القاضى أنهما اتفقتا مسبقا على أداء واقعة معينة ، أو أنهما أرادتا أن تسير الشهادة على نهج معين . كما أن درجة تعليم المرأة حاليا قد تثير الشك فى اجتماعهما وقت اداء الشهادة . والأمر كله متروك لقاضى الدعوى .

غير أننا نرى أن الأقرب إلى الصواب فى زماننا أن يسمع القاضى شهادة كل أمرأة – من المرأتين – منفردة ثم بعد ذلك تجرى المواجهة بينهما عند اختلافهما ، لإمكان أن تذكر إحدهما الأخرى عملا بقوله تعالى تعالى على أن تكون تذكرة أحدى المرأتين للأخرى محل رقابة من القاضى حتى لا تكون شهادة النساء عن هوى وميل للمشهود له أو المشهود عليه . وقد قضى بأنه لما كان اشتراط بعض فقهاء الحنفية عدم التفريق بين المرأتين لدى إدلائهما بالشهادة سنده قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » وكانت الآية الكريمة لم تشترط اجتماع المرأتين عند الادلاء بالشهادة ، وإنما أوردت العلة فى جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد ، وهى أن المرأة معرضة للنسيان ، وأن وجود أخرى معها يعينها على التذكر ، وكان مقتضى هذه العلة أن اشتراط سماع المرأتين مجتمعتين لا يكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقة ، أما إذا اتفقت أقوالهما فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون منتفيا (٥٧)

هذا ولم أجد فيما قرأت من اشار إلى شهادة أربع نساء مجتمعات بدلا من شهادة رجلين أو رجل وأمرأتين ، ولذلك لا يجوز فى مسائل الأحوال الشخصية أن يقبل القاضى شهادة أربع نسوة بدلا من رجلين أو رجل وأمرأتين – النصاب المقرر شرعا للشهادة . غير أن الشافعى رضى الله عنه رأى أن شهادة أربع نسوة بمنزلة رجلين ، لأن كل امرأتين عنده تقومان مقام رجل فى الشهادة والعمل على رأى الاحناف الذين لا يجيزون شهادة أربع نسوة منفردين أو مجتمعين بدلا من شهادة رجلين .

شهادة المرأة الواحدة .

يجوز للمرأة الواحدة أن تشهد بالأمور التى لا يطلع عليها الا النساء ومنها :

(٥٧) طعن ٤٣ / ٤٨ ق ح ٢٠ / ١ / ١٩٨١ .

١ - **الولادة** : فإذا جحد الرجل ولادة امرأته - حال قيام النكاح - فشهدت امرأة واحدة مسلمة ثبتت الولادة . ورتبوا على ذلك أنه إذا نفى الرجل الولد يتعين عليه أن يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم ، واللعان يجب هنا بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد ، إذ يصح اللعان بدونه .

٢ - **البكاره** . ٣ - **الثيوبة** ٤ - **الحيض** ٥ - **الحمل** ٦ - **السقط** ٧ - **استهلال الصبى** ٨ - **عيوب النساء** وكل ما تحت ثيابهن . وقد أقيم النساء هنا مقام الرجال للضرورة ، لأن المفروض أن الرجال لا يطلعون عليها . قال ﴿ﷺ﴾ شهادة النساء جائزة فيما لا يستطاع للرجال النظر اليه .

شهادة النساء في استهلال (٥٨) الصبي - يرى ابو حنيفة أن شهادة النساء في استهلال الصبي لا تقبل في حق الإرث ، لأنه مما يطلع عليه الرجال . ويرى الصاحبان أنها تقبل في حق الإرث أيضا لأن بصوته عند الولادة فيه شهادتهن على نفس الولادة .

وقد رأى بعض الاحناف التحوط (٥٩) بالاثنتين . فإذا أنكر الزوج ما ادعته عليه المرأة من الاعتراض ، وكانت بكرا نظرها النساء ، فإن قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه - في الوصول إلى زوجته - لأن قول النساء ليس بحجة فوجب تحليفه ، لأن الذى يثبت بقول النساء هو ثيوبة المرأة ، أما الوصول فلا يثبت بقولهن . وجبت اليمين .

موانع الشهادة

(١) مانع يمنع قبول الشهادة مطلقا . هذا المانع يكثر تعداده ، ويتعذر حصره إلا أن الفقهـــاء أوردوا له أمثله في كل وصف أو فعل مناف للعدالة أو المروءة ، أو مناف لهما معا . كتعاطى الفاحشة وما أشبهها من الكبائر .

(٢) مانع يمنع قبول الشهادة من جهة ، وهو رد الشهادة مع بقاء العدالة وأسبابه :

أ - التغفل - فيشترط فى الشاهد أن يكون محترزاً يؤمن عليه التحيل ، فإذا كان ضعيفا لا يؤمن عليه الغفلة أو يلبس عليه - لا يجوز قبول شهادته .

---

(٥٨) صوت الصبي عند الولادة .

(٥٩) الاضباط بسماع شهادة امرأتين .

ب - أن يجر الشاهد لنفسه منفعة أو يدفع عنها مضرة . لأن كل شبهة جرت مغنما أو دفعت مغرما لم تقبل لأنها تمكنت فيها تهمة الكذب . وشهادة المتهم مردودة للحديث الشريف « لا شهادة لمتهم » لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، وهى حجة إذا ترجح جانب الصدق .

التهمة تارة تكون لمعنى فى الشاهد - هو فسقه ، لأن الفاسق لا ينزجر عن ارتكاب محظور فى دينه مع اعتقاد حرمته ، ولذلك فهو متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور . فإذا كانت العدالة شرط للعمل بالشهادة ، والعدالة هى الاستقامة ، وذلك بالاسلام ، واعتدال العقل ، ولكن يعارضهما هوى يضله أو يصده . والاستقامة ليس لها حد يمكن الوقوف على معرفته ، لأن الاستقامة تتفاوت بأقوال الناس . وقيل حد الاستقامة مالا يلحق الحرج فى الوقوف عليه ، وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة لا يكون عدلا فى شهادة . ففى غير الكبائر إذا أُخذ الشاهد على ارتكاب شىء مما هو حرام فى دينه يخرج من أن يكون عدلا ، إما إذا ابتلى بشىء من غير الكبائر ، ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل فى الشهادة لظهور رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة .

وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له ، وهى صلة خاصة بين الشاهد والمشهود له تدل على إيثاره على المشهود عليه . وقد ترك معرفة ذلك للعادة فقد ظهرَ من عادة الناس - العدول منهم وغير العدول - الميل إلى الأقارب وابنائهم عل الاجانب ، فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق فى الشهادة .

وقد تكون التهمة للغلط ، وهذه التهمة وإن كانت لا تقدح فى عدالة الشاهد وولايته ، إلا أن تهمة الغلط وتهمة الكذب فى باب الشهادة سواء ، فالأعمى ليست عنده آلة التمييز بين الناس حقيقة وبذلك تتمكن تهمة الغلط فى شهادته .

لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده . ودليل الأحناف على ذلك ما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها أن النبى ﴿ﷺ﴾ قال « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمرة - حقد - على أخيه المسلم ، ولا شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده » وسبب ذلك : - أ - " هو الولاد " ولا سبيل لمعرفة الصدق من الكذب حقيقة فى حق من غير معصوم من الكذب فينبنى الحكم على السبب الظاهر . ب - أن شهادة المرء لنفسه أو فيما له فيه منفعة لا يظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة ، لظهور مانع من ذلك بطريق العادة ، فكذلك فى حق الآباء والأبناء ، إما بشبهه البعضيه بينهما أو لمنفعة الشاهد فى

المشهود فيه ، والمنافع بين الآباء والابناء متصلة . جـ – أنت ومالك لأبيك ، فمطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده ، وإن مال الولد لوالده .

لا تقبل شهادة المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، لما في الحديث السابق عن رسول الله ﴿ﷺ﴾ « لا تقبل شهادة المرأة لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته » لأن ما بينهما من وصلة الزوجية يمكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، وبيان ذلك :

١ – أن عقد الزواج مشروع لهذا وهو أن يألف كل زوج صاحبه ويميل إليه ويؤثره على غيره قال تعالى « خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها » عقد الزواج مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح المعيشة ، وقد قسم الرسول أمور المعيشة بين على ابن ابى طالب والسيدة فاطمة .

٢ – أن كل زوج يعد منفعة صاحبه منفعته ، والزوج غني بغنى زوجته والعكس ، ولذلك قيل في تأويل قوله تعالى « ووجدك عائلا فاغنى » أي بمال خديجة رضي الله عنها .

٣ – التهمة في الشهادة قائمة بين الزوجين .

تجوز شهادة الرجل لأم امرأته ولزوج ابنته وسبب ذلك أن المصاهرة التي بينهما تأثيرها قاصـــر على حرمة النكاح فقط ، وما ســـوى ذلك لا تأثير له في المصاهرة .

لا تقبل شهادة المحدود في القذف وإن تاب لأن توبته فيما بينه وبين الله تعالى . قال تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً " ولهم " في الآية تعني المحدود في القذف وإذا تاب المحدود فإن توبته لا تخرجه من أن يكون محدودا في قذف ، كما أن رد شهادة المحدود في القذف من تمام الحد ، وأصل الحد لا يسقط بالتوبة ، فما هو متمم له لا يسقط أيضا ، لأن رد الشهادة منصوص عليه ، فيكون سبب الرد هو النص ، وليس هو الفسق . ولذا تقبل شهادته قبل اقامة الحد عليه وإن لم يتب لأن بإقامة الحد عليه يصير محكوما بكذبه ، والمتهم بالكذب لا شهادة له ، فالمحكوم بكذبه أولى .

لا تقبل شهادة العدو على عدوه إن كان غير عدل ، أما إذا كان عدلا قبلت شهادته ، وهو الصحيح .

الحرص على تحمل الشهادة وأدائها أو قبولها .

الشروط المانعة من قبول الشهادة متروك تقديرها لقاضي الدعوى إذا كانت تمنع

القبول من جهة – أما إذا كانت تمنع قبول الشهادة مطلقا ، فلا يكون للقاضى حق تقدير الشهادة . هذا ويلاحظ من تتبع امثلة الفقهاء أنهم يتسامحون بالنسبة للشاهد إذا كان من جملة العوام ، أو لم تقم قرينة تدل على تعصبه لمن يشهد معه . وفى العداوة اشترط بعضهم أن تكون عداوة دنيوية لا عداوة دينية .

وقد قضى بأن شهادة سائر القرابات بعضهم على بعض مقبولة عدا الفرع لأصله والاصل لفرعه بشرط انتفاء التهمة والمظنة عنهم أو الصلة المانعة بالمشهود لهم كما قضى بأنه يتعين انتفاء التهمة عن الشاهد ، وهو شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب في الشهادة ، فلا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وأن علوا ولا شهادة الوالدين للاولاد وإن سفلوا ، اعتبارا بأن الولد بضعة من الوالد دون تفرقة بين كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات المالية لتوافر التهمة فى الحالين (٦٠)

وقضى بأنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى اعتدت بأقوال شقيقين طالما أن التهمة منتفية عنهما وليس لهما من صلة مانعة بالمشهود له ، ولم يتحقق فيهما مظنة مغنم أو دفع مغرم (٦١)

شهادة أهل الذمة

إذا مات رجل وله إبنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فزعم كل منهما أن الأب مات على دينه ، وأن ميراثه له ، فالقول قول المسلم وذلك تأسيسا على أن :

١ – المسلم يخبر بأمر دينى وهو وجوب الصلاة على الميت ، والصلاة على الميت تثبت بخبر الآحاد ، وقول المسلم هنا خبر آحاد فيكون حجة فى أمور الدين .

٢ – إذا صلينا على الميت – بموجب خبر الآحاد – فقد حكمنا باسلامه عند موته ، واسلامه عند موته يمنع ارث الابن غير المسلم .

٣ – إذا كان لكل من الابنين بينة رجحت بينة الابن المسلم ، لأن إحدى البينتين توجب اسلام الميت عند موته ، والآخرى توجب كفره ، فيترجح الموت الموجب للإسلام ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلا عليه . وإذا فرض تعارض بين البينتين ، فإن خبر الآحاد باسلام الميت يبقى قائما ، وله حجيته فى الصلاة على الميت . ومن ترجيح بينة الإسلام تنقطع منازعة غير المسلم عن ميراثه للمتوفى .

---

(٦٠) طعن ٨ / ٤٦ ق س ٣٠ ص ١٧٧

(٦١) » ١١ / ٤٣ ق س ٢٧ ص ٦٨٦

٤ — إذا كان شهود الذمي من الابنين مسلمين ، وشهود المسلم منهما ذميين كان القول لبينه المسلم لأن كل واحد منهما أقام من الحجة ما هو حجة على خصمه إذ شهود الذمي وهم مسلمون حجة على الابن المسلم وشهود المسلم وهم ذميون حجه على الابن الذمي لأن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة ، فكان هذا بمنزلة ما لو كان الفريقان مسلمين .

إذا أسلم الذمي – وكان قد شهد عليه ذمي مثله – فإن شهادة هذا الذمي تبطل بإسلام الذمي المشهود عليه ، بشرط أن يكون اسلامه قبل الحكم بموجب الشهادة ، لأنه لو قضى على من اسلم بشهادة ذمي لقضى عليه بشهادة كافر أما إذا كان القضاء بعقوبة ، فإن شهادة الذمي على ذمي مثله تبطل بإسلام المشهود عليه ولو أسلم بعد القضاء بموجب هذه الشهادة ، لأن المعتبر هنا إسلام المشهود حال القضاء لا حال أداء الشهادة ، ولا حال الشهادة ، وامضاء العقوبة من القضاء .

إذا شهد نصرانيان على نصراني أنه قد أسلم ، وحجد المشهود عليه ذلك لم تجز شهادتهما لأنها شهادة باطله ، لأن في زعمهما أنه مرتد ، ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد .

شهادة الكفار الذين لا يُقَرُّونَ على ماهم عليه من العقيدة لا تقبل . وقد ضرب الفقهاء امثلة لمن لا يُقَرُّونَ على ماهم عليه من العقيدة ، بأهل الاهواء المكفرة والمنافقين والباطنية والزنادقة والمجوس والدروز والتيامنة والنصيرية . وعدم قبول شهادة هؤلاء عام سواء كان المشهود عليه مثلهم في الاعتقاد أو مخالفا لهم ، وسبب ذلك عدم ولايتهم للشهادة .

شهادة المرتد .

المرتد لا شهادة له لأنه لا ولاية له . وقد اختلف الفقهاء في شهادة مرتد على مرتد مثله ، والصحيح في المذهب عدم قبولها على أحد سواء كان مثله في الاعتقاد أو مخالفا له ، لعدم الولاية ، لأن الشهادة تدور مع الولاية وجودا وعدماً .

ولكمال الولاية في المسلم تصح شهادته على الجميع . ولنقصان شهادة أهل الذمه تصح شهادتهم على بعضهم ، وعلى من دونهم .

تصرفات المرتد . اربعة أقسام

أولاً : تصرفات نافذة اتفاقا – بين الامام وصاحبيه – هذه التصرفات لا تعتمد تمام ولاية المرتد . وهذه خمس تصرفات .

١ – **الاستيلاد** . وصورة ذلك إذا جاءت بولد فادعاه المرتد ثبت نسبه منه ويرث ذلك الولد مع ورثته ، وتصير الجارية أم ولده .

٢ – **الطلاق** – يقع طلاق المرتد مادامت المرأة في العدة ، لأن الحرمة بالردة غير مؤبدة لارتفاعها بالإسلام ، فيقع طلاقه على امرأته فى العدة .

٣ – **قبول الهبة** . ٤ – **تسليم الشفعه** . يرى ابو حنيفة أنه لا شفعة للمـرتد حتى يسلم ، فلو لم يسلم ولم يطلب الشفعه بطلت شفعته لتـركه الطلب بعد التمكن بأن يسلم . ومحمـد يرى أن له قبل إسلامه الأخذ بالشفقة .

٥ – **الحجـر على عبده** . يصح للمرتد أن يحجر على عبده بحق الملك ، فبحقيقه الملك الموقوف أولى .

ثانيا : تصرفات باطلة اتفاقا .

التصرفات التى تعتمد الملة تقع من المرتد باطله . وهذه التصرفات يكون الاعتماد فى صحتها على كون فاعلها معتقدا ملة من الملل . والمرتد لا ملة له أصلا لأنه لا يقر على ما انتقل اليه . وهذه التصرفات هى :

١ – **النكاح** ولو بمرتدة مثله .

٢ – **الذبح** ، ٣ – **الصيد** ، سواء كان بالكلب أو بالرمح .

٤ – **الشهادة** . والمقصود هنا اداء الشهادة لا تحملها .

٥ – **الإرث** . فلا يرث المرتد احـدا ، ولا يرثه أحد مما اكتسبه فى ردته . بخلاف كسب إسلامه ، فإنه يرثه ورثته المسلمين ، لا ستناده إلى ما قبل الردة ، فهو إرث مسلم من مثله . أما إرث المرتد ، فلا يرثه أحد .

ثالثا . تصرفات موقوفة اتفاقا

هذه التصرفات تعتمد المساواة بين المتعاقدين فى الدين وهذه هى :

١ – المفاوضة – فإذا فاوض المرتد مسلما توقفت المفاوضة اتفاقا . فإن اسلم نفذت ، وإن هلك المرتد بطلت مفاوضته عند ابى حنيفة ، وعندهما تبطل من الأصل .

٢ – التصرف على ولده الصغير .

رابعاً : تصرفات موقوفة عند أبى حنيفة بناء على زوال ملك المرتد عنه بالردة . ونافذة عند صاحبيه لأن ملك المرتد عندهما لا يزول عنه بردته ، ولا تخرجه الردة عن اهلية التعامل ، فيملك غيره من ماله ما شاء ويملكه غيره من ماله

ما شاء . فهو أهل للتملك بعد ردته كما كان كذلك قبل أن يرتد عن الإسلام (٦٢) كما أن الظاهر عندهما عودة المرتد إلى الإسلام . ويضيف محمد أن هذه التصرفات تصح من المرتد كما تصح من المريض لأنها تفضى إلى القتل ظاهراً.

وهذه التصرفات هى : ما كان مبادلة مال بمال ، أو عقد تبرع ، كالمبايعة والعتق ، والتدبير ، والهبة ، والرهن ، والإجارة ، والصلح عن اقرار - لأنه يكون مبادلة - أما الصلح عن إنكار أو سكوت فإنه يكون معاوضة فى حق المدعى ، وقبض الدين لأنه مبادلة حكمية والوصية التى تصدر فى حال ردته .

كان مشروع قانون الوصية ينص فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة منه على أن وصية المرتد لغيره تصح ، وجاء فى مذكرة النص الايضاحية أن صحة وصية المرتد ونفاذها - لو مات على ردته - مذهب الصاحبين ، وأنها كوصايا غير المرتدين ، فتصح للمسلم وغير المسلم من الوطنيين والأجانب فى دار الاسلام أو فى دار الحرب (٦٣) كما تصح للمرتدين وفقا لما يقتضيه مذهب الحنفية . والمراد بالمرتد ما يشمل المرتدة . وقد حذف النص من مشروع القانون لأن عدم ارث المرتد من غيره متفق عليه شرعا لأن الأمة الاسلامية قد اتفقت على أن من ارتد عن الاسلام لا يرث من غيره سواء كان المرتد رجلا أم أمرأة ، ولم يحك عن أحد منهم خلاف ذلك لأن المرتد جانٍ بارتداده ، فلا يستحق الصلة الشرعية التى هى الإرث ، بل يحرم عقوبة كالقاتل بغير حق ، والمرتد لا ملة له ، لأن الملة التى انتقل اليها لا يقر عليها ، والمله معتبرة فى حق الميراث .

الردة سبب زوال ملك المرتد ، فهى تزيل الملك عن مسلم ارتد عن إسلامه ، ولذلك يتحقق بها توريث وارثه المسلم ، ويستند توريثه إلى أول ردة المرتد ، وقد كان مسلماً عند ردته ، ولإسلامه هذا يخلفه وارثه المسلم فى ماله ، ويكون التوريث هنا توريث مسلم من مسلم ، لأن الحكم - وهو توريث الوارث - يثبت عند تمام سببه ، ومن أول السبب - وهو الردة - وبسببها يثبت التوريث إلى أولها ، فى

(٦٢) الوصية للاستاذ : أحمد ابراهيم .

(٦٣) المراد بدار الاسلام البلد الذى تحت سلطان المسلمين وتجرى فيها على أهلها احكام الإسلام ولهم منعة تصد عنهم من يريدهم من اعدائهم . والمراد بدار الحرب ما ليس للاسلام سلطان على أهلها ولو اقيمت بها بعض شعائر الإسلام . ويقوم الشيخ أحمد ابراهيم ، ولكن الآن قد تغيرت الروابط بين الأمم وأصبح للمجتمع الانسانى نظم جديدة لم يكن لها وجود من قبل فوجب إذن أن تساير الاحكام الشرعيه الدينوية الحاله الجديدة ، وتربط المسلمين بالأمم الأخرى بربـاط حسن التفاهم مع تلك الأمم مع احتفـاظها بشخصيتها الاسلامية وعـزتها وكل مقوماتها .

كسب إسلامه ، لأن السبب - الردة يعمل فى المحـل وهو المال المـوروث كسب اسلام المرتد - والمحل كان موجودا عند أول الردة - وقد استدل الاحناف لذلك بأن المرتد كان مسلماً وتعلق بإسلامه حكمـان : أحدهما حرمـان وارثه الكافر ، والثانى توريث وارثه المسلم ، وبعد الردة بقى أحد الحكمين - على حكم الاسلام - وهو توريث الوارث المسلم .

والمرتد لا يرث أحداً - لجنايته بالردة - وحكمه عند الأحنـاف كحكم القاتل لا يرث المقتول لجنايته ، ويرثه المقتول لو مات القاتل قبله .

والمرتد لا يرثه وارثه الكافر .

ولا وجه عند الاحناف لاعتبار مال المرتد فيئا لبيت المال ، لان مال المرتد كان محرزا فى إسلامه ، ولم يبطل ذلك الاحراز بردته والمال المحرز فى الاسلام لا يكون فيئا ، وإنما يبقى لورثته .

ولا يوضع مال المرتد فى بيت المال باعتباره مال ضائع - إذا كان للمرتد ورثة مسلمون - لأن المسلمين يستحقون ما فى بيت المال بإسلامهم ، وورثة المرتد المسلمون ساووا المسلمين فى إسلامهم وترجحوا عليهم بالقرابة للمرتد . والقاعدة أن ذا السببين مقدم فى الاستحقاق عن ذى السبب الواحد ، فكان استحقاق ورثه المرتد أولى .

كسب المرتد فى حال ردته .

قال أبو حنيفة إن كسب المرتد فى حال ردته فَئٌ يوضع فى بيت المال ، لأن الوراثة خلافة فى الملك ، والردة تنافى بقاء الملك ، فتنافى ابتداء الملك بطريق الأولى ، ولأن ثبوت حكم الوراثة فى كسب ردة المرتد ، يثبت مقصوراً على الحال وهو كافر بعد الاكتساب ، والمسلم لا يرث كافرا ، وعلى ذلك يكون كسب ردته ليس مملوكا له لقيام المنافى - الردة - عند الاكتساب ، فيبقى هذا الاكتساب موقوفا - على أن يسلم له بإسلامه - فإذا مات المرتد أو قتل - قبل إسلامه - فإن كسبه يكون فيئاً للمسلمين يوضع فى بيت المال .

أما كسب المرتد فى اسلامه ، فيكون مملوكا له ، ويخلفه فيه وارثه المسلم ، إذا تم انقطاع حقه عنه .

وعند الصاحبين كسب المرتد فى حال ردته يكون ميراثا لورثته المسلمين لأن كسبه يوقف على أن يسلم له بإسلامه ، فيخلفه وارثه فيه بعد موته ككسب إسلامه ، لأن المرتد بردته صار مشرفا على الهلاك ، فيكون كالمريض ، والمكتسب فى مرض الموت كالمكتسب فى الصحة فى حكم الإرث .

من يرث المرتد .

يرى أبو حنيفة ان وارث المرتد هو من كان وارثا له وقت ردته ، لأن سبب التوريث هو الردة . على أن يبقى هذا الوارث إلى موت المرتد ، لأن بموته يتم استحقاق التوريث ، وتمام الاستحقاق هنا يكون فى حق من انعقد له السبب لا فى حق من لم ينعقد له السبب . ويشترط فى حق من انعقد له سبب الاستحقاق بقاؤه إلى وقت تمام الاستحقاق ، فإن مات قبل موت المرتد يبطل السبب فى حقه .

وروى ابو يوسف عن أبى حنيفة أنه يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد ، لأن الردة فى حكم التوريث كالموت . ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه ، ووارث المرتد كذلك .

وروى محمد عن ابى حنيفة انه يعتبر من يكون وارثا للمرتد – حين مات أو قتل – سواء كان موجودا عند الردة ، أو حدث بعده ، لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه ، كالموجود عند ابتداء السبب .

وقد قضى بأن الردة على فرض حصولها لا تمنع الزوجة المسلمة حقها فى الارث ، بل هى مقتضيه للارث شرعا ، فقد نص الفقهاء على أن المرتد يرثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهى فى العدة لأنه يصبر فاراً ، وإن كان صحيحا وقت ردته ، وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت إذا طلق زوجته بقصد الفرار من ارثها ومات وهى فى العدة (٦٤) كما قضى بإن المرتد أو المرتدة لا يرث من غيره مطلقا .

شهادة الاستكشاف .

هى شهادة الإخبار بواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع الرأى كإخبار أهل الخبرة والمترجم . ولا يشترط فيها لفظ « أشهد » اكتفاء بمجرد الاخبار ممن تتوافر فيه الثقة . وتقدير هذه الشهادة متروك لقاضى الدعوى لانها مجرد ابداء لرأى فى مجلس القاضى ، ولا تعد شهادة فى ذاتها ، ولذلك من غير اللازم تحليف الشاهد بها يمينا . وقد كانت المادة ١٧٥ / ٢ من اللائحة تنص على أنه « ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الاخبار

(٦٤) راجع المبدأ ٤ من مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية ص ٩٤٩ .

ممن يوثق به » والنص على الغاء المادة ١٧٥ لائحة لا يعنى عدم الأخذ بحكمها لموافقته لمقتضى الرأى الراجح فى المذهب .

قد يضطر القاضى إلى الالتجاء إلى شهادة الاستكشاف للاستعانة بها على ما يمكنه من إحكام التقدير فى مواد النفقات ، وما يلحق بها ، لأن هذه الشهادة هى أقرب الوسائل للاهتداء إلى الصواب فى هذه الظروف .

لا يشترط فى شهادة الاستكشاف ما يشترط فى الشهادة المباشرة أو الشهادة السماعيه ، ويكفى فيها اطمئنان القاضى إليها فيأخذ بها ، أولا يطمئن إليها فيطرحها (٦٥)

شهادة الاستكشاف تكفى فى القضاء بالنفقات بجميع أنواعها نفقة الزوجة ونفقة الاولاد ونفقة الأقارب بجميع أنواعها ، وكذلك أجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشىء مما ذكر . وسبب ذلك طبيعة المادة المعروضة على القاضى ، وضرورة الفصل فيها على وجه السرعة لمواجهة النفقات المطلوبة .

شهادة الاستغفال (٦٦)

أجاز الاحناف شهادة الاستغفال ، وصورتها ، أن يكون لرجل على آخر حق فيقر به فى السر ، لكنه يجحده فى العلانية ، وصاحب الحق يعجز عن الوصول إلى حقه . فى هذه الحال يجوز له أن يحتال على اثبات حقه بأن يدخل قوما من العدول فى بيته ثم يستحضر من عليه الحق . فإن أقر بالحق سراً وخرج فسمعه الشهود حل لهم أن يشهدوا بالحق على من عليه الحق ، وسبب ذلك أن العلم بالحق ومن عليه الحق قد حصل .

ويشترط فى هذه الشهادة :

١ - أن يرى الشهود من عليه الحق ، وأن يكونوا على بينة من شخصه فإن لم يروه ، وإن كانوا قد سمعوا كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا .

٢ - ألا يفسر الشهود للقاضى كيفية علمهم بما شهدوا به ، فإن فسروا لا تقبل شهادتهم . وسبب ذلك أن اجازة الشهادة هنا ليست أجازة لقبول القاضى شهادتهم ، وانما هى إجازة للشهود أن يشهدوا ، ولذلك تكون الاجازه للشهادة هنا بمعنى أنه يحل لهم أن يشهدوا إذا تحقق الاقرار كما يجب .

---

(٦٥) راجع أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ص ٣٦٤ .

(٦٦) معين الحكام ص ١١٣ .

اجازة الشهادة هنا لا تكون من باب الحرص على تحمل الشهادة الذى يمنع القبول لأن فى اجازتها معنى نفى الحرص عن الشاهد .

هناك رأى لا يحل شهادة الاستغفال لأن فيها تدلسا وغرورا ، ولذلك قالوا ينبغى للشاهد أن يرفع نفسه عن أن يختبىء ليشهد مما لم يندب إليه ، ولا فرض عليه فإن فعل فقد فعل مالا يليق بالفضلاء ، ولا يختاره العقلاء .

غير أن شهادة الاستغفال هذه قد تلح الامور فى اللجوء إليها عند انكار الحق على صاحبه ، ولذلك أحل الأحناف للشاهد أن يشهد . وهذه الشهادة يتعين على القاضى مراقبتها والحرص فى الأخذ بها ، فإن تبين له أن الشاهد لا يحيط بالشهادة علما بما كان بين الخصمين ، فلا يأخذ بهذه الشهادة .

هل يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته

يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته ، ورجوعه صحيح مقبول فى حق الشاهد بشـــرط أن يكون رجوعه فى مجلس القضاء لأن الشهادة اختصت بمجلس القضاء ، واختص الرجوع عنها بهذا المجلس .

قيل فى تبرير رجوع الشاهد عن شهادته إن الرجوع عنها عودة إلى الحق ، ولا يمنع الشاهد عن ذلك استحياؤه من الناس ، وخوفه اللائمة من اظهار الرجوع لأن مراقبة الشاهد لربه خير له من أن يراقب الناس ويخفى الحق .

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته - قبل القضاء فى الدعوى - لم يقضى القاضى بشهادته لبطلانها برجوعه عنها . وعلى ذلك إذا شهد شاهد بواقعه معينة أمام القاضى يجوز له - إذا تدارك الصواب - أن يرجع عن شهادته أمام القاضى متى كان النزاع ما زال قائما ولم يفصل فيه بعد .

إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضى له . فقد روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقه فقطع يده ثم أتى الشاهدان بعد ذلك برجل آخر ، فقالا أوهمنا ، أنما السارق هذا الرجل ، فقال على رضى الله عنه لهما ، لا أصدقكما على هذا الآخر ، واضمنكما يد الأول ولو أنى اعلمكما ، فقلتمـا ذلك عمدا قطعت أيديكما .

ففى هذه الرواية دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح فى حق الشاهد ، وأنه عند الرجوع ضامن ما استحــق بشهادته ، وأنه غير مصدق فى حق غيره للتناقض فى كلامه ، والمناقض لا قول له فى حق غيره ، وإن كــان التناقض لا يمنع الزامه حكم كلامه .

كان لأبى حنيفه رأى فى رجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء بموجبها خلاصته أن ينظر إلى حال الشاهد يوم رجع عن الشهادة ، فإن كان حاله أحسن منه يوم أداء الشهادة صدقه القاضى فى الرجوع ورد القضاء وأبطله وإن كان حاله يوم الرجوع مثل حاله يوم شهد أو دون ذلك لم يصدق القاضى رجوعه ، ولم يقبله ، ولم يضمنه شيئاً ، وكان القضاء الأول ماضياً . ووجه هذا الرأى أن كل واحد من الشاهدين - التى اقيم على شهادتهما القضاء ، وشهادة الرجوع مردود بين الصدق والكـذب . ويترجح جانب الصـدق فيه بالعدالة وحسن حـال المخبر (الشاهد) فإذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله أحسن ، فرجحان جانب الصدق فى هذين الخبرين بينٌ ، والظاهر أن الرجوع توبة واستدراك لما كان من الشاهد من التفريط والقاضى يتبع الظاهر ، لأن ما وراء هذا الظاهر غيب عنه .
أما إذا كانت حال الشاهد عند الرجوع دون حاله عند الشهادة فرجحان جانب الكذب فى الرجوع أبين والظاهر أنه بالرجوع قاصد إلى الاضرار بالمقضى له .
وإن كانت حال الشاهد عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة ، فعند المساواة يترجح الأول بالسبق ، واتصال القضاء به ، فإن الشىء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه ، وينقضه ما هو فوقه ، ولا ضمان عليه لأن الشاهد أنما أخبر بخبر لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء ، والقاضى يختار فى قضائه ، ولذلك يمتنع إضافه الاتلاف إلى الشهادة ، ولذلك لا يضمن الشاهد شيئاً .
والظاهر أن سند هذا الرأى ضعيف ، إذ يقوم على اساس حال الشاهد ، وهى غير معروفه ، وغير دقيق ، لأنه يقوم على شىء غير منضبط . وكان هذا الرأى يترك - العدول عن القضاء السابق لرأى القاضى فى حال الشاهد ، ولذلك نجد أن أبا حنيفة يرجع عن رأيه قائلا أن القضاء السابق لا يبطل برجوع الشاهدين بقولهما لآخر ، وإن كان هذا القول أعدل منهما يوم أداء الشهادة السابقة . إلا أن أبا حنيفة ضمن الشاهدين المال الذى شهد به ، وهذا قول صاحبى أبى حنيفة ووجه هذا الرأى :
١ - أن ظاهر العدالة يرجح جانب الصدق فى الخبر ، ولكن لا ينعدم به معنى التناقض فى الكلام ، والشاهد برجوعه مناقض فى شهادته الأولى ، وعدالته عند الرجوع لا تعدم التناقض . وكما أن القاضى لا يقضى بالكلام المتناقض ، فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض .
٢ - جانب الصدق تعين فى الشهادة ، وتأكد ذلك بقضاء القاضى فى حق المقضى له فيه ، وذلك بتعيين جانب الكذب فى الرجوع .

٣ – إذا كانت تهمة الكذب التي تلحق الشاهد عند رجوعه – لفسقه – تمنع القاضي من ابطال القضاء ، لتعين الكذب فيه بدليل شرعي ، فإن عودة الشاهد أمام القضاء للرجوع عن شهادته السابقة – يمنع القاضي من إبطال القضاء أولى – ، لأن ابطال القضاء لمعنى الرجوع عن الشهادة يؤدي إلى مالا يتناهى من الخصومات ، لأن الشاهد يشهد ، ثم يأتي بعد ذلك فيرجع عن شهادته ، ثم يعود ليرجع عن الرجوع وهكذا .

٤ – يجب الضمان على الشاهد – عند رجوعه – لإقراره عند الرجوع أنه أتلف المال على المشهود عليه ، بشهادته بغير حق ، لأن الشاهد برجوعه مناقض في كلامه ، والتناقض لا يمنع ثبوت حكم إقراره على نفسه ، واتلاف مال المشهود عليه ، وإن حصل الاتلاف بقضاء القاضي ، إلا أن سببه شهادة الشهود ، والحكم يحال به إلى أصل السبب ، والسبب – الشهادة – إذا كان متعديا إنما يكون بمنزلة المباشرة في ايجاب الضمان .

الشهادة على الشهادة

أجاز الأحناف الشهادة على الشهادة في كل حق يثبت مع الشبهة ، فخرج بذلك مالا يثبت بالشبهة وهو الحدود والقصاص . والاصل في اجازة هذه الشهادة هو شدة الاحتياج اليها لأن شاهد الأصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فيغيب عن مجلس القاضي فلا تثبت شهادته عنده إلا بشهادة شاهدين يشهدان على شهادة الشاهد الغائب أو الذي قام به عذر .

الشهادة على الشهادة تفترض وجود أصل – هو الشاهد الأصلي الذي عاين المشهود به – ووجود فرع – هو الشاهد الذي يشهد بشهادة الاصل .

كيفية الشهادة على الشهادة

يقول الشاهد الأصلي مخاطبا الفرع « إشهد على شهادتي أني اشهد بكذا » ويقول الفرع « أشهد أن فلانا اشهدني بكذا ، وقال لي أشهد على شهادتي بذلك » والقاضي هو صاحب الرأي الأول والأخير في التأكد من صحة هذه الانابة – بين الاصل والفرع – في الشهادة وقيام المقتضى الذي يجيزها .

شروط الشهادة على الشهادة

١ – تعذر حضور الشاهد الاصلي بموت أو بمرض لا يستطاع معه الحضور لمجلس القضاء لأداء الشهادة . أما الأسباب التي تقوم ثم تزول أثناء نظر الخصومة فلا يصح أن تكون سببا يجيز الشهادة على الشهادة لأن الأحناف

أجازوها استحساناً فلا يصح أن يتوسع فيها لأى سبب يمكن زواله . فالعذر هنا شرطه وقت الأداء لا وقت تحمل الاصل للشهادة .

٢ – العدد فى الشهادة على الشهادة . فإذا كان الأصل الغائب بينة كاملة ، تعين أن يشهد على شهادتهما بينه كـاملة ، فـإذا شهد رجلان على شهـادة رجلين جـازت الشهادة لانهما يشهدان على شهادة الأصل وليس على أصل الحق ، ولذلك تكون شهادة الشاهدين على شهادة كل واحد من الأصل الغائب ، وتثبت بشهادتهما شهادته (الغائب) فى مجلس القضاء كما لو حضر بنفسه ، ثم إذا شهدا على شـهادته ثبتت شهادته أيضا فى مجلس القضـاء وسبب ذلك أنه لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكون اثنين ، ولأن شهادة كل من الأصلين – هى المشهود بها – فلابد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهده مع الأصول لا يجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان . وهذا ويلاحظ أنه لا يلزم لكل شاهد من شاهدى الأصل شاهدان لأنه يجوز لشاهدى الاصل أن يشهدا على شهادتهما شاهدان .

٣ – أن يطلب شاهدى الأصل من شاهدى الفرع الشهادة على شهادتهما ، لأنه لابد من التحميل والتوكيل ، لأن الفرع كالنائب عن الأصل .

٤ – أن تكون شهادة الفرع بمجلس القضاء .

تبطل شهادة الفرع بما يأتى :

١ – إذا حضر الأصل قبل القضاء . فلو شهد الفرع على شهادة الأصل ثم حضر الأصل قبل القضاء فلا يقضى بشهادة الفرع .

٢ – أن ينهى الأصل الفرع عن أداء الشهادة . وقال صاحب الخلاصة إنه إذا حضر الأصل ونهى الفرع عن اداء الشهادة ، فالمبطل هو حضور الاصل وزوال العذر المبيح للفرع لا النهى عن اداء الشهادة .

٣ – خروج الاصل عن اهليه الشهادة .

٤ – انكار الأصل الشهادة قبل أداء الفرع للشهادة والحكم بها .

نصاب الشهادة على الشهادة

المشهود به فى الشهادة على الشهادة هى شهادة كل من الاصلين والأصل أنه لابد أن يجتمع فى كل مشهود به شاهدان ، حتى لو كانت إمرأة شاهدة مع الأصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان أو رجل وامرأتان ، لأن محل الشهادة هى شهادة الأصلين – لا أصل الحق – ولذلك يجب لها نصاب كامل هو رجلان أو رجل وامرأتان .

كلما كان التعدد فى النصاب على الشهادة مطلوبا تعين توافر العدد المطلوب فى الشهود فإن كانوا أربعة لصحة الشهادة تعين توافر هذا العدد ، وإن كان رجلان أو رجل وامرأتان تعين توافر العدد ايضا ، وأن يتفق العدد المطلوب على الواقعة المشهود بها . وقد قضى بأنه يتعين لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافها لا يوجد إلا شطر الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد ، وإذا كان نصاب الشهادة على الضرر الموجب للتطليق وفقا للراجح فى مذهب ابى حنيفة رجلين أو رجل وامرأتين ، وكان احد الشاهدين ، وأن شهد بأن الطاعن تهجم على زوجته المطعون عليها فى حضوره حال وجوده فى منزلها ، إلا أنه إذ لم يفصح عن كيفية حصول التهجم المشهود به ، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر من الطاعن تجاه المطعون ضدها وتقدر ما فيه من اساءة لها وتضرر امثالها منه ، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التى شرع التفريق بين الزوجين بسببها (٦٧) كما قضى بأن إذا كان أحد الشاهدين لم ير بنفسه اعتداء بالسب أو الضرب من الزوج على زوجته وأن أقوال هذا الشاهد فى أمر الشقاق بينهما مستقاة من سماعه ذلك ، فإن شهادته بهذه المثابة لا يمكن التعويل عليها أو الأخذ بدلالتها ، وكانت البينة فى خصوص التطليق للضرر وفق مذهب الأحناف الواجب التطليق لا تكون الا من رجلين أو رجل وامرأتين فإن نصاب الشهادة الشرعيه يكون غير مكتمل (٦٨)

إثبات الرضاع

يثبت الرضاع – عند الإنكار – بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين . ولا تقبل شهادة النساء منفردات ، ولا شهادة رجل واحد . يستوى فى ذلك أن تكون الشهادة قبل عقد الزواج أو بعده . جاء فى الخانية لو أخبرت امرأة بالرضاع قبل النكاح فالرجل فى وسعه تكذيبها . إلا أنه جاء فى محرمات الخانية – إن كان قبل العقد ، والمخبر عدل ثقة لا يجوز النكاح ، وذلك للشك فى الجواز وعدمه . أما إذا كان الإخبار بالرضاع بعد العقد وهما كبيران فالأحوط التنزه ، لأن إبطال الملك – وهو حل المتعة – لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

---

(٦٧) طعن ٣١ / ٥١ ق ج ١٨ / ١ / ١٩٨٣

(٦٨) طعن ٨ / ٤٦ ق س ٣١ ص ١٨١ .

وجاء في ابن عابدين أن الرضاع حجته حجة المال وهي شهادة عدلين أو عدل وعدلتين . ولكن الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي لتضمن الشهادة حق العبد . وهو إبطال حقه - وهو حل التمتع - فلا بد من قضاء القاضي . لأن المذهب . أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة - بل يفسد - وفي الفاسد لابد من تفريق القاضي ، أو المتاركة بالقول في المدخول بها وفي غيرها يكتفي بالمفارقة في الأبدان (٦٩)

والرضاع مما يخفى - فلا يمنع التناقض فيه - فلو قال الرجل هذه المرأة رضيعتي ، ثم رجع عن قوله صدق ، مالم يثبت على قوله . فيفرق بينهما ، ولو جحد بعد ذلك . لأن شرط الفرقة هو الثبات على قوله . وقد وجد فلا ينفعه الجحود بعده . أما إذا أقرت المرأة بالرضاع ثم أكذبت نفسها . بأن قالت أخطأت ، وتزوجها صح النكاح - كما لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها . لأن الحرمة ليست لها - أى لم يجعلها الشارع لها فلا يعتبر إقرارها - سواء كان إقرارها قبل العقد أم بعده ، وسواء أصرت على إقرارها أو لا .

إصرار الرجل على إقراره بالرضاع مثبت لحرمة الزواج . أما إقرارهما معا بالرضاع ثم أكذبا انفسهما وقالا أخطأنا صح زواجهما .

الشهادة على الرضاع ليست من المسائل التى تقبل فيها الشهادة بالتسامع فإذا كانت الواقعة هي رضاع الطاعنين من امرأة واحدة وكانت شهادة أحد الشاهدين من شاهدى المطعون ضدها لم تبن على رؤية الرضاع ومعاينته ، وإنما على مجرد السماع من جدة الطاعنة الثانية ، فإنه لا تقبل شرعا ، وبالتالي لا يستقيم في الدعوى سوى شهادة الشاهد الآخر التي لا يتوافر بها النصاب الشرعي للشهادة وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول . فإذا أقام الحكم قضاءه على سند من هذه الشهادة فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (٧٠)

الشهادة على النسب

إذا تزوج رجل امرأة ، فجاءت بولد ، فإن كان مجيئه لأقل من ستة أشهر من وقت زواجهما ، لم يثبت نسبه من الزوج . وسبب ذلك أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ، فلزم كون هذا الولد من علوق قبل النكاح ، أى قبل ثبوت الفراش .

---

(٦٩) ابن عابدين جزء ٢ ص ٤٢٤ والهداية جزء ١ ص ٢٢٦

(٧٠) طعن ١٧ / ٥٠ ق س ٣٢ ص ٦١٤

أما إذا جاءت الزوجة بالولد لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من الزوج سواء اعترف بالولد أنه أبنه أو سكت عن ذلك . وكذلك الحـــال فيثبت نســب ولدها إذا جاءت به لتمام ستة أشهر بلا زيادة ، وذلك لاحتمال أن يكون الرجل قد تزوج المرأة واطئا لها ، فوافق الا نزال منه النكاح ، والنسب مما يحتاط فى اثباته ، لوجود المقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط ، ولحمل أمر المرأة على الصلاح .

إذا جـــاءت الزوجة بالولد لستة أشهر فصـــاعدا ، وجحد الزوج ولادته ، ثبتت الولادة بشهادة امرأة واحدة اتفاقا ، لأن الشهادة هنا قصد بها تعيين الولد أنه منها .

نسب ولد المعتدة من طلاق

يرى أبو حنيفة أن المعتدة إذا ولدت ولداً وانكره الزوج لم يثبت نسب ولدها إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان . ويعلل لرأيه بأن العدة ليست قائمة لانقضائها بإقرار المرأة بوضع الحمل ، ولذلك صارت أجنبية عن المطلق ، وانقضى الفراش ، والمنقضى ليس بحجة ، ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة – وهى شهادة المرأة الواحدة – فكانت الحاجة ماسة إلى أثبات النسب ابتداء ، فيشترط كمال الحجة – أى كمال نصاب الشهادة على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب ، لكونها فى وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا .

أما إذا كان حبل المرأة ظاهراً ، أو اعترف الزوج بالولادة فيثبت النسب من غير شهادة . لأن النسب ثابت قبل الولادة لما فى البطن ، وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا ، وكذا قيام الفراش – بقيام العدة – يؤيد شهادة القابلة .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن نسب ولد المعتدة يثبت فى جميع الحالات بشهادة امرأة واحدة – لأن الفراش قائم بقيام العدة ، والفراش ملزم للنسب والحاجة فقط إلى تعيين الولد أنه منهـــا ، وتعيينه يكون بشهادة القابلة ، كما هو الحال فى قيام النكاح .

هل تجوز الشهادة على أن الحبل كان ظاهراً ؟ وصورة ذلك إذا ولدت المرأة وجحد الزوج الولادة وظهور الحبل ، لأن الحبل كان وقت الخلف بينهما لم يكن موجوداً حتى يكفى ظهوره . إذا كان الخلاف بينهما بعد الولادة فتكفى الشهادة على مجرد أن الحبل كان ظاهراً أى يجوز إقامه البينة على ظهور الحبل قبل الولادة . أما إذا كان الحبل قبل الولادة ظاهراً يعرفه كل أحد ، فلا حاجة إلى إثباته لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة – لما فى البطن – فلا يحتاج إلى اثباته ، وإنما الحاجة إلى تعيين الولد – إذا حجدت الولادة – أن الولد منها .

نسب ولد المعتدة من وفاة

إذا ولدت المعتدة من وفاة ، وصدقها الورثة فى الولادة - ولم يشهد على الولادة أحد - فالمولود ابن الميت اتفاقا . وثبوت النسب هنا فى حق الارث من المتوفى ، لأن الأرث خالص حق الورثة ، فيقبل فيه تصديقهم .

اما ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة ففيه تفصيل : إذا كان الورثة من أهل الشهادة - وهم عدول - فإن النسب يثبت فى حق الكافة ، فيشارك الولد المقرين من الورثة والمنكرين منهم ، وللولد أن يطالب غريم الميت بدنيه لأن ثبوت نسبه من الميت صار حجة فى حق الكافة ، وقيل لا يشترط فى الشهادة هنا أن تكون فى مجلس القضاء - وهو الصحيح - لأن ثبوت النسب فى حق غير المقرين من الورثه يأتى تبعا للثبوت فى حق المقرين منهم ، ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت النسب أصالة وقيل يشترط أن تكون شهادة المقرين فى مجلس القضاء لقيام الحجة .

إذا لم يكن الورثة المقرون بالولادة من أهل الشهادة ، لا يثبت النسب الا فى حق المقرين منهم فقط .

لا يشترط فى تمـــام نصاب الشهادة أن يكون كل المقرين بالولادة ورثة للمتوفى ، وإنما يجوز أن يكون مع المقر من الورثة أجنبيا ، وفى هذه الحالة يشترط الشهادة فى مجلس القضاء . وإن تكون هناك خصومة ، لأن الشاهدين فى هذه الحالة يؤديان شهادة محضة ، وليسا بمقرين بوجه .

قضى بأن إقرار الوارث بآخر من شأنه أن يؤدى إلى معاملته بإقراره فى حدود استحقاق المقر له بالميراث فى تركة الميت - وفى غيره من الحقوق التى ترجع إليه - ويؤخذ المقر بإقراره لان له ولاية التصرف فى مال نفسه طالما كانت الدعوى من دعاوى المال دون ما اعتداد بما إذا كان المقر له وارثا حقيقة ، بل يكفى بأن تعتبر صفته بحسب الظاهر (٧١)

القاعدة عند الأحناف أنه إذا تعارض ظاهران فى إثبات النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فى إثباته . فإذا ولدت الزوجة ثم اختلفت مع زوجها ، فقال تزوجتك لأربعة أشهر ، فقالت هى بل لستة أشهر . فقد وجد ظاهران فى أمر إثبات النسب ، أولهما يشهد للرجل وهو إضافة الحدث - أى النكاح - إلى أقرب

(٧١) طعن ٣٢ / ٤٥ ق س ٢٧ ص ١٦٥٩ .

الأوقات ، وثانيهما يشهد للزوجة . وهو أن الولد ولد من نكاح لا من سفاح . والظاهر الذى يشهد للزوجة قدم - هنا - على الظاهر الذى يشهد للزوج لأن القاعدة أنه إذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه ، ومن هذه القاعدة يثبت النسب بالإيماء مع قدرة الرجل على النطق .

والشبهة عند الأحناف تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على الاحتياط ، وأمر النسب مبنى على الاحتياط . ولذلك إذا ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال . لأن نفى النسب بعد ثبوته لا يكون الا باللعان ، واللعان لا يجرى فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة .

الخصم فى اثبات النسب

الخصم فى إثبات النسب خمسه أصناف . الوارث - الوصى - الموحى له الغريم للميت - والغريم على الميت . فإذا مات شخص من غير وارث وعليه دين لزيد من الناس ، واثبت زيد الدين فى مواجهه وصى نصبه القاضى كان لزيد أخذ الدين من التركه (٧٢)

قواعد فى إثبات النسب (٧٣)

إذا ثبت النسب بالإقرار ، فلا يجوز للمقر نفيه . وسبب ذلك أن النسب ثبت بتنصيص المقر على أن الولد مخلوق من مائه فلا يبقى بعد ذلك احتمال النفى .

النسب لا يتصور تحوله من شخص إلى شخص .

النسب يثبت بالفراش فى النكاح الصحيح ، ويثبت أيضا بشبهة النكاح إذا اتصل به الدخول . وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة ، وبإخبار المخبر أنها امرأته تارة ، لأن الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على الاحتياط وأمر النسب مبنى على الاحتياط .

إذا ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال ، لأن نفى النسب بعد ثبوته لا يكون إلا باللعان ، ولا يجرى اللعان فى النكاح الفاسد ، والوطء بشبهة .

النسب الذى يثبت بالنكاح لا ينتفى بمجرد النفى ، وإنما يشترط لنفيه اللعان .

شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى اثبات النسب ، وإن كانت تعد قرينه عليه : إذ لم يقصد بها ثبوته ، وإنما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ، ووضعت

---

(٧٢) قرج عيون الاخبار ص ٣٧٢ .

(٧٣) المبسوط للسرخسى جزء ١٧ ص ٩٨ وما بعدها .

له . ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله ، بل يصح بالإملاء من القابله أو الأم ، فلا تعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجه عليه ، طالما لم يقر بصحة البيانات المدونه بها (٧٤)

تجوز الشهادة بالنسب سواء جاز بينهما النكاح أم لا ، فإذا سمع الشاهد من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب أن فلانا ابن فلان جاز له أن يشهد بالنسب عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين يجوز له أن يشهد بالنسب إذا اخبره بذلك عدلان والفتوى على قول الصاحبين .

الشهادة على الإرث

يلزم الصحة الشهادة بالارث ما يأتى :

١ - أن تقوم البينة على أن التركة ملك للمورث ، وأنه مات وتركها ميراثا للوارث ، أو أن التركة كانت للمورث يوم موته . وهذا ما يسميه الفقهاء بجر الميراث من المورث إلى الوارث - أى انتقاله إلى الوارث . والأصل فيه أن الجر شرط صحة الدعوى بالارث . وقد توسعوا فى جر الميراث . فإذا ثبت ملك المورث أو يده عند موته كان هذا جرا لأنه ثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث ، فيثبت الانتقال ضرورة ، فيكون ذلك إثباتا لإنتقال المال إلى الوارث .

قال أبو يوسف الجر ليس بشرط لأن الوارث يملك المال خلافة عن مورثه ولذلك تكون الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث .

وجر الميراث - أى إنتقاله عن المورث إلى الوارث - قد يكون صريحا بالنص عليه بأن يقول الشاهد بأن المورث مات وترك - كذا - ميراثا لمورثه . وقد يكون الجر بما يقوم مقام الصريح وذلك بأن يقول الشاهد بأن الملك للمورث عند موته أو أن يده كانت عليه أو يد نائبه (٧٥)

وخلاصة هذا أنه يجب أن يثبت أن الميت ترك ما يورث عنه شرعا . ويخضع ثبوت الملكية للمورث لأحكام القانون المدنى . أما ما يخضع للأحكام الشرعية فهو ثبوت حق الارث وطبقا لأحكام قانون المواريث .

٢ - بيان سبب الإرث بأن ينسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ، يجمع الميت بالوارث . فإذا شهـــد الشهود أن المدعى أخو الميت أو عمه أو ابن

---

(٧٤) طعن ١٥٥ / ٥٨ ق ج ٣٠ / ٥ / ١٩٨٩ .

(٧٥) طعن ٢٢ / ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٤٢٦ .

عمه ، لا تقبل شهادتهم حتى يبينوا الاسباب المورثه للميت ، فينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا فى أب واحد . فالمعتبر هو التعريف لأن جهات الإرث كثيرة بعضها بحجب بعض . (٧٦)

ويشترط تحقق حياة الوارث حياة مستقرة مشاهدة – أو تقديرية كتقرير حياة الحمل وهو فى بطن أمه – بعد موت المورث أو بعد الحكم بموته ، ولو بلحظة من الزمن ، لأن شرط الإرث وجود الوارث حيا عند موت المورث .

٣ – أن يقول الشاهدان « ولا وارث لهذا الميت غير هذا المدعى » أو يقولا « لا نعلم له وارثا غيره » وهذا الشرط قصد به إسقاط التلوم عن القاضى وهو ليس شرطا لصحة القضاء . فإذا لم يقل الشاهدان ولا نعلم له وارثا غيره « كان على القاضى أن يتلوم مدة متروكة له – أى أن يتحرى لاحتمال وجود من يحجب المدعى – فإذا انقضت مدة التلوم دون ظهور وارث آخر ، يدفع القاضى الميراث للمدعى .

إذا شهد الشاهدان أن مورث المدعى كانت له تركة ميراثا للمدعى ولم يقولا لا نعلم له وارثا غير المدعى ، ففى الأمر تفصيل :

أ – إذا كان المدعى ممن يرث فى حال دون حال لا يقضى له القاضى لاحتمال عدم استحقاق المدعى للميراث .

ب – إذا كان المدعى ممن يرث على كل حال يحتاط القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا فإن لم يظهر له وارث حكم القاضى له بكل التركه .

جـ – إذا كان نصيب المدعى يختلف فى الأحوال يقضى القاضى بالأقل فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن .

هذا ويلاحظ أنه لا توارث مع الشك ، فإذا جهل تاريخ موت المورث ، وجهل أيضا تحقق شرط وجود الوارث حيا وقت الوفاة ، فلا توارث بين الميت ومن يدعى الميراث لقيام الشك . وتظهر هذه الحالة فى حالة الغرقى . كما أنه لا توارث فى حالة جهالة الوارث ، فمن أرضعت صبيا مع ولدها ثم ماتت وجهل ولدها فلا توارث أى لا يرثها واحد منهما إلا أن يصطلحا فلهما أن يأخذا الميراث بينهما (٧٧)

---

(٧٦) طعن ٢٢ / ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٤٢٦ .

(٧٧) ابن عابدين جزء ٥ ص ٥٣٥ .

وقضى بأنه يجب أن يقول الشاهدان « لا وارث لهذا الميت غير هذا المدعى » أو يقولا « لا نعلم وارثا غيره » فإذا لم يقولا . وكان المدعى ممن يرث فى حالة دون أخرى لا يقضى القاضى أصلا لاحتمال عدم استحقاقه على فرض وجود من يحجبه ، فإذا كان ممن يرث على كل حال ، ولكنه لا يأخذ الكل إذا انفرد كان ذلك داعيا لتلوم القاضى (٧٨)

٤ – أن يدرك الشاهدان الميت حتى يعاينا سبب الإرث ، فإذا لم يعايناه بطلت شهادتهما . فإذا شهد الشاهدان أن فلانا ابن فلان ، مات وترك داراً ميراثا ، ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعايناه فى حياة الميت ، ولا رأياه فى يد المدعى .

وهناك رأى بأن الشاهدين إذا عاينا الملك دون المالك كأن معاينا ملكا لجدود الوارث ، وأن هذا الملك ينسب إلى فلان ابن فلان ، ولم يعاين الشاهدان هذا المالك بوجهة ولا يعرفاه بنسبه جاز لهما أن يشهدا به – استحسانا . أما قياسا فلا يحل لهما ذلك . وسبب حل الشهادة استحسانا أن النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة فيصير المالك معروفا أيضا بالتسامع والمالك إذا كان معروفا ترفع الجهالة . واشترط اصحاب هذا الرأى ألا يفسر الشاهدان للقاضى أما إذا فسرا فلا تقبل شهادتهما .

هذا ويلاحظ أن الاحناف اشترطوا لسماع بينة الارث احضار الخصم وهو أما وارث أو غريم الميت وله على الميت دين أو مودع الميت أو الموصى له (قرة عيون الاخيار ص ١٥٦ ج ١ .

الأختلاف فى كفر الميت وإسلامه .

الأحناف فى هذه المسألة على أن القول فى حالة الأختلاف بأن الرجل إذا مات وله أبوان ذميان وولد مسلم ، فإذا قال الأبوان مات ابننا كافراً . وقال ابنه المسلم مات ابى مسلما ، فإن الميراث للابن دون الابوين . وكذلك الحال إذا قالت المرأة المسلمة بأن زوجها مات مسلما ، وقال أولاده الكفار أن أبانا مات كافراً – قال صاحب البحر بأنه يكفى أن تدعى المرأة المسلمة بأن زوجها مات مسلما ، وتبعه المقدسى فى ذلك .أما إذا كان للمتوفى أخ ، وقالت امرأة المتوفى المسلمه أن زوجها مات مسلما وصدقها أخو الميت وهو مسلم قضى بالميراث للمرأة وللأخ ،

---

(٧٨) طعن ٢٢ / ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٤٢٨ .

دون أولاد الميت الكفار . وفى اشتراط تصديق أخو الميت للزوجة فى ادعائها قال صاحب البحر يكفى دعوة الزوجة ولا يحتاج الأمر إلى تصديق الأخ لأن المرأة ادعت وفاة الزوج مسلما . وهناك من يرى أن تصديق الأخ المسلم شرط لإرث الزوجة أيضا (٧٩)

ميراث زوجة الذمى

إذا مات ذمى ، وقالت امرأته أسلمت بعد موته - أى مات وهى على دينه فلها ميراثه ، وإن اسلمت بعد وفاته ، لأن سبب الميراث هو الوفاة وكون الوارث على دين المورث وقت وفاته ، وقد كـــانت الزوجة على دين زوجها وقت وفاته ، فلها الميراث أما إذا كان للميت ورثه - على دينه - وقالوا اسلمت زوجته قبل وفاته فلا ميراث لها وصدقوا فى قولهم بلا يمين تحكيما للحال ، لأنها وقت دعواها مسلمة ، فثبت حرمانها من ميراث المتوفى الذمى والثابت فى الحال يثبت فيما مضى - أى وقت الوفاة استصحابا لظاهر الحال . أما إذا ادعت المرأة على الورثة - بكفرها - بعد موت المورث الذمى فإن ورثتها يحلفون على عدم العلم بالكفر بعد الوفاة .

الشهادة حسبة

معنى الحسبة الأجر والثواب ، وهى اسم من الاحتساب . - تقول احتسب عند الله خيرا بما قدمه ، فيما يدخر له يوم القيامة .

شــاهد الحسبة يقصد بشهادته الأجر ، وامتثال أمر الله تعالى فى ازالة المنكر ، وذلك من آكد الفروض علينا . والشاهد حسبة يدعى بما تحمله أمام القاضى ، فهو قائم بالخصومة ، من حيث وجوب ذلك عليه ديانة ، وشاهد من حيث التحمل ، ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون مدعى الحسبة ، وهو فى الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين .

دعــوى الحسبة تكون فى حقوق الله تعالى . ويجب أداء الشهادة بلا طلب فيها . والوجوب أما كفاية أو عينا .

ووجه قبول الشهادة حسبة فى حقوق الله تعالى بلا طلب ، أنها حق الله وحق الله يجب على كل أحد القيام بإثباته . والشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب ، ومشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج إلى خصم . وهناك رأى فى المذهب جعل القائم بالخصومة هو القاضى .

---

(٧٩) قرة عيون الاخبار جزء ١ ص ٢٦

الأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة عد منها فى الأشياء والنظائر عشرة مسائل ، وزاد عليها في الدر أربعا وفي بعضها خلاف بين الأمام وصاحبيه . وقد اتفق على : الطلاق والنكاح وعتق الأمة وحد الزنى وحد الشرب والايلاء والخلع والظهار والرضاع وحرمة المصاهرة . واختلف في عتق العبد ومبنى الخلاف أهو حق الله أم حق العبد ، فمن ترجح عنده أن الغالب هو حق الله أجاز قبول الشهادة حسبةً ، ومن ترجح عنده أن الغالب هو حق العبد اشترط أن تقوم الدعوى من صاحب الحق .

وقضى بأن دعوى الحسبة لا تقبل شرعا إلا فيما هو حق لله تعالى أو فيما كان حق الله فيه غالبا باعتبار أن هذه الحقوق هى مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها ، فمن رأى معروفا ظهر تركه أو منكرا ظهر فعله وجب عليه أن يتقدم إلى القاضي بالدعوى والشهادة لدية ، أو يستْعْدِ المحتسب أو والى المظالم ليقيم الدعوى (٨٠)

إثبات اللعان

الأيمان التى يثبت بها اللعان هى فى الحقيقة شهادات مؤكدة مزكات بالأيمان ، موثقة باللعن والغضب .

وقد سميت الايمان لعانا لأن فيها ذكر اللعن ، وهي سبب في بعد كل من الزوجين عن صاحبه .

شرط اللعان قيام الزوجية بين الطرفين نكاحا صحيحا ، لأن اللعان حكم مختص بقذف الزوجات . فإذا كان النكاح فاسدا فلا لعان فيه لأنه لا زوجية فى النكاح الفاسد حقيقة ، ولا يمكن قيام اللعان حال عدم الزوجية .

أيمان اللعان أربع مرات يقول فى كل منها « أشهد بالله إنى لصادق فيما رميت زوجتى به من الزنا . ويقول فى الخامسة « لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا » وتقول المرأة « أشهد بالله إنه لكاذب فيما رمانى به من الزنا » اربع مرات وتقول فى الخامسة « غضب الله عليها إن كان هو من الصادقين فيما رمانى به من الزنا » .

ويبدأ اللعان بالزوج ، وإذا بدأت المرأة أولا ثم الزوج تعيد المرأة اللعان ، لأن الترتيب معتبر فى اللعان ، وحتى يكون على الوجه المنصوص عليه . غير أنه إذا

---

(٨٠) طعن ٢٤ / ٥٠ ق س ٣٢ ص ٢٢٥٢ .

فرق القاضي قبل اعادة المرأة اللعان صح التفريق عند الاحناف ، لأن الترتيب عندهم صفة في اللعان ، والايمان اصله فإذا وجد الأصل وجد اللعان وإن فاتت صفته فيبقى الحكم لوجود الأصل .

اللعان يقوم إذا رمى الرجل امرأته بالزنا . أما إذا نفى حملها فقد اختلف الامام وصاحبيه . فقال الإمام لا لعان ، ولا حد ، وقال الصاحبان يلاعن أن جاءت امرأته بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم القذف .

هذا ويجب ملاحظة أن اللعان شرطه النكاح فلو طلق الرجل امرأته بعد أن قذفها لا يجرى بينهما لعان . وركن اللعان شهادات مخصوصة تجرى بكلمات معرفه ، وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع . ولذلك يتعين أن يكون الملاعن جاداً في لعانه ، وألا يكون مقصده من اللعان مجرد دفع دعوى رفعت ضده من زوجته . فإذا ظهر للقاضي ذلك تعين عليه الالتفات عن اجراءات اللعان ، فمن قبل التهنئة في مولوده واثبت ميلاده أو اشترى له ادوات ولادته لا يجوز له بعد ذلك أن يلاعن لنفي نسب هذا الولد . ومن عاشر زوجته ثم ادعى عليها زنا سابقا على هذه المعاشرة لا يكون جادا في ادعائه .

ما يترتب على اللعان من آثار

١ — أن يفرق القاضي بين الزوجين المتلاعنين . والفرقة باللعان تحريم مؤبد عند أبي يوسف لحديث الرسول ﴿ﷺ﴾ « المتلاعبان لا يجتمعان أبداً » وعند أبي حنيفة ومحمد هي فرقة بتطليقه بائنة وسند هذا الرأى أن القاضي هو الذى يقوم بالتفريق ، وينسب فعله إلى الرجل الملاعن لأن القاضي ينوب عنه ، كما أن الملاعن إذا أكذب نفسه ، فقد أقر بالكذب ، والكذب رجوع عن الشهادة ، والرجوع عنها يبطل حكمها — وهو التفريق — ولا منافاة بين نص الحديث بالتأبيد ، وبين عودة المتلاعنين بعد أن يكذب الرجل نفسه ، لأن الحديث معناه لا يجتمعان مادام متلاعنين — حقيقة بمباشرة اللعان ، أو مجازا باعتبار بقاء حكم اللعان . فالملاعن بعد أن أكذب نفسه لم يبق شيء من اللعان حقيقة ، أو حكما لأنه بإكذاب نفسه وجب عليه الحد ، فبطلت اهلية اللعان ، وإذا بطلت ، ارتفع حكم اللعان فيجوز للمتلاعنين أن يجتمعا مرة ثانية .

٢ — نفى نسب الولد — إذا كان القذف بالولد — والحاق نسبه بأمه . وأبو يوسف يرى أن يفرق القاضي بينهما ويقول قد الزمته أمه واخرجته من نسب الأب ، فإذا لم يقل القاضي ذلك لم ينتف النسب عن الملاعن لأنه ليس من ضرورة

التفريق باللعان نفى نسب الولد كما لو مات الولد - قبل الفرقة - فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى النسب عن الملاعن ، وعلى هذا يرى أبو يوسف ضرورة أن ان يصرح لقاضى بنفى النسب عن الملاعن لان قطع النسب لا يثبت ضمنا للتفريق باللعان (راجع فتح القدير جزء ٢)

٣ - لا تقع الفرقة إلا بقضاء القاضى ، فإذا مات أحد المتلاعنين - بعد الفراغ من التلاعن - وقبل تفريق القاضى ورثه الآخر . وكذلك لا يفرق القاضى بينهما بعد الفراغ من التلاعن إذا زالت أهلية اللعان بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو حُدَّ فى قذف أو وطئت المرأة وطأ حراما أو اخرس أحدهما . أما إذا جُنّ أحد المتلاعنين قبل التفريق فإن القاضى يفرق بينهما لأنه لا يرجى بعد ذلك عوده الاحصان .

الأختلاف فى متاع البيت (٨١)

الاختلاف فى متاع البيت قد يكون حال حياة الزوجين أو بعد وفاتهما .

أ - الاختلاف حال حياة الزوجين . إما أن يكون حال قيام النكاح ، وإما أن يكون بعد زواله بالطلاق .

إذا كان الاختلاف بين الزوجين حال قيام النكاح ، فما يصلح للرجال من هذا المتاع القول فيه قول الزوج مع يمينه لآن الظاهر شاهد له . وما يصلح للنساء القول فيه للمرأة مع اليمين لأن الظاهر شاهد لها . أما ما يصلح لهما فالقول فيه قول الزوج إلا أن أبا يوسف قال إن القول قول الزوج فى غير المشكل - أى فيما ليس فيه خلاف بينهما ، أما المشكل فالقول فيه قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها ، وفى الباقى القول قول الزوج ، وقيل المشكل بينهما نصفان .

إذا كان الخلاف بعد الطلاق فالقول قول الزوج لأن المرأة صارت أجنبية بالطلاق فزالت يدها .

جاء فى البحر عن البدائع فى مسألة اختلاف الزوجين فى متاع البيت أن القول لكل منهما فيما يصلح له لأن الظاهر شاهد له ، مالم تقر المرأة بأن هذا المتاع اشتراه الزوج ، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ، ثم ادعت الانتقال اليها ، فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة (٨٢)

---

(٨١) لسان الحكام ص ٢٣٨ .

(٨٢) رسائل ابن عابدين جزء ٢ ص ١٣٥ .

والعرف فى مصر أن الزوجة تشترى منقولات مسكن الزوجية وتحرر به قائمة تعد للاثبات . فإذا وجدت هذه القائمة فلا خلاف . وعند عدم وجودها تكون هناك قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس أن المنقولات ملك لها ، مالم يثبت الزوج عكس ذلك .

ب - الاختلاف على متاع البيت - بعد موت الزوجين .

قال أبو حنيفة ومحمد القول قول ورثه الزوج . وقال أبو يوسف القول قول ورثة المرأة إلى قدر جهاز مثلها ، وفى الباقى القول قول ورثة الزوج ، لأن الوارث يقوم مقام المورث فصار كالمورثين اختلفا بأنفسهما وهما حيان فى حال قيام النكاح .

وإذا اختلف أحد الزوجين مع ورثة الزوج الميت منهما . فإذا كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند أبى حنيفة ومحمد لأنها لو كانت حية لكان القول قول الزوج فبعد موتها أولى . أما أبو يوسف فيرى القول قول ورثه المرأة إلى قدر جهاز مثلها كما هو أصله .

وإذا كان الميت هو الزوج فالقول قولها عند أبى حنيفة فى المشكل وعند أبى يوسف فى قدر جهاز مثلها . وعند محمد القول قول ورثة الزوج

مادة ١٨١ - تكفى الشهادة بالإيصاء أو الوصية ، وإن لم يصرح بإصرار الموصى إلى الوفاة . (٨٣)

تجب ملاحظة أن هذه المادة قد تتعارض مع المادة ٩٨ من اللائحة إذ من شروط هذه المادة الأخيرة أن دعوى الوصية أو الايصاء - إلى آخر ما جاء بها - لا تسمع إلا بالأدلة الكتابية المثبة بها ، مع أن مقتضى المادة ١٨١ أن الشهادة مقبولة ، مما يفيد أن هناك تعارضايين المادتين، إلا أنه بتتبع تاريخ النص ، وأصل المادة ١٧٩ من اللائحة السابقة نجد أن المادة لم توضع إلا لغرض خاص وهو ما إذا دعت الحالة إلى تقوية الدليل الكتابى بشهادة الشهود فإنها تكون مقبولة ، ولو لم يصرح الشاهد بأن الموصى مات وهو مصر . وفى هذا من الحذق

(٨٣) المواد ١٨٠ ، ١٨٢ إلى ٢٧٩ ملغاة بالقانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ .

فى وضع الأحكام لأن هذا النص أريد به الخروج عما كان متبعا من قبل . وهو تكليف مدعى الوصيه إثبات أن الموصى بقى مصرا إلى أن مات . أما والنص كما تقدم فقد أصبح عدم الإصرارهو العارض . فعلى من يدعيه إقامة الدليل عليه . وعلى هذا المعنى ينتفى التعارض بين المادتين ٩٨ . ١٨١ . ويمكن التوفيق بينهما حكما (٨٤)

الإقــرار

الإقرار شرعا هو إخبار المقر عن ثبوت حق لآخر عليه . (٨٥) وقد قضى بأن الإقرار شرعا هو الأخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر . ولو فى المستقبل باللفظ أو ما فى حكمه فيخرج بذلك من دائرة الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير . كما قضى بأن الإقرار لا يكون سببا لمدلوله . وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق . فحكمه ظهور ما أقر به المقر . لا ثبوته ابتداء (٨٦) باعتبار أن الإقرار اخبار بأمر وليس أنشاء لحق .

والإقرار عند الأحناف إخبار عن ثبوت الحق لا أنشاءاً له . فالمقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشىء ذلك الحق . ولذلك فإن حكم الإقرار عندهم هو ظهور الحق لا إثباته ابتداء لأن المقر إذا قال إن هذا الشىء لفلان فمعناه أن الملك فيه ثابت لفلان . وليس معناه أنه ملك للمقر ثم جعله ملكا للمقر له بإقراره وإذا أقر أن فلانة زوجته وصدقته على ما قال صح ذلك ولو لم يكن بحضرة شهود . وسبب ذلك أن الإقرار اخبار . أما إذا كان الإقرار انشاء لم يصح الإقرار بدون شهود . كما أنه بالإقرار يثبت الملك للمقر له بلا تصديق . ولا قبول . أما إذا كان الإقرار انشاء فإن الملك يتوقف على قبول المقر له .

هناك رأى يقول بأن الإقرار أنشاء وتمليك واستدلوا بأن التصرفات إما اثباتات - كالبيع والهبة والايجارة وغيرها وأما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص . والاخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر لا يصدق على الإقرار بقسم الاسقاطات وبذلك يكون التعريف - بأن الإقرار اخبار - غير جامع . واضــافوا بأن اقرار المكره لغيره بشىء غير صحيح شرعــا – على ما

---

(٨٤) راجع أحمد قمحه وعبد الفتاح السيد .

(٨٥) لسان الحكام فى معرفة الأحكام ص ٢٦٥ والهداية جزء ٣ ص ١٨٠.

(٨٦) طعن ١١٤ / ٣٨ ق س ٢٤ ص ٥٩٦ . وطعن ٢٩٨ / ٣٧ ق س ٢٣ ص ١٣١٧ .

صرح به الفقهاء - مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ، وبذلك يكون التعريف غير مانع (٨٧)

غير أن الفقهـاء رجحوا القول بأن الاقرار اخبار عن ثبوت حق للغير على المقر ، لأن الفروع التى تدل على ذلك فى كتب الشروح أكثر وأقوى من تلك التى تدل على كونه انشاء لأن استعمال صيغة الإقرار للإنشاء فى بعض المواضع فهو من المجاز لدليل خاص . وقد قضى بأن الإقرار شرعا هو إخبار الإنسان عند ثبوت حق لغيره على نفسه . وقد اعتبر السكوت فى بعض المواقع يجعل الساكت مقرا بالحق ، سكوته عنه ، كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه وإن خالف القاعدة الفقهية القائلة « لا ينسب لساكت قول » فإذا هنأ الناس الرجل بزواجه فسكت لزمه الزواج ، وليس له نفيه بعد أن أقر به . وإذا صحب الرجل امرأة وأقرت بزواجها منه فى مواجهته وقبل هذا الإقرار منها بالسكوت فإن الزوجية ثبتت وليس له نفيها . وإذا هنأ الناس الرجل بالمولود وقت ولادته ، وسكت ثبت نسبه منه .

سبب الإقرار

لم يترك الفقهاء الإقرار وصدوره من المقر دون بحث عن سببه ، فقالوا إن بالإقرار يسقط الواجب عن ذمة المقر باخباره عن الشىء فى ذمته ، واعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب . وقد استحسن الفقهاء الاقرار ، وصدوره من المقر لأسباب كثيرة منها اسقاط واجب الناس من ذمة المقر ، وقطع السنتهم عن ذمته . ومنها أن بالإقرار يصل الحق إلى صاحبه ، ويبلغ المكسوب إلى كاسبه . فكان فى الإقرار نفع صاحب الحق ، وارضاء خالق الخلق . ومن اسباب استحسان الإقرار تقدير الناس المقر بصدق قوله ، ووصفهم إياه بوفاء العهد .

شروط الإقرار

أولاً - يشترط فى المقر ما يأتى :

١ - أن يكون بالغا عاقلا ، فخرج بذلك اقرار المجنون والمحجور عليه والصبى . أما الصبى المأذون له بالتجارة فإن إقراره يقع صحيحا فيما يتعلق بما إذن له فيه .

٢ - أن يكون إقرار المقر صادرا عن قصد وإرادة أى أن يكون مختارا - فإذا أقر وهو مكره ، فإن الإقرار يقع باطلا . وكذلك إذا كان هازلا فى إقـراره .

---

(٨٧) طعن ٢٧ / ٤٥ ق س ٢٩ ص ٦٥٢ .

وقد قضى بأنه يشترط لصحة الإقرار وجوب أن يفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين ، فلو شابه مظنة أو اعتوره إثارة شك فى بواعث صدوره فلا يؤخذ به صاحبه ولا يعتبر من قبيل الإقرار بمعناه . فإذا كان ما صرحت به الزوجة - فى شكوى اداري - من رغبتها فى العودة للإقامة مع زوجها ، قد قرنته بأنه كان منها اتقاء وصفها بالنشوز ، وبالتالى الحرمان من النفقة ، فهو بهذه المثابة ليس إلا وسيلة دفاع فرضتها عليها الظروف التى تكتنفها ولا يدل بذاته على رغبتها الحقيقية فى استمرار العشرة الزوجية ، ولا ينطوى على إقرار تؤاخذ بأصرته (٨٨) كما قضى بأنه يشترط فى الإقرار أن يكون صادرا من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به ، فى صيغه تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية ، فلا يعتبر من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر من الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما لم يقصد من الإقرار بها أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه (٨٩) وقضى بأنه يشترط فى الإقرار ما يشترط فى الإعمال القانونية من وجود الارادة ، بمعنى أنه يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره ، وأن يقصد الزام نفسه بمقتضاه ، وإن يكون مبصرا أنه سيتخذ حجة عليه ، وأن خصمه سيعفى بموجبه من تقديم أى دليل . ولذلك لا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يرد على لسان الشخص تأييدا لدعواه (٩٠) كما قضى بأن رغبة الخصم فى تسوية أى نزاع لا يفيد حتما وبطريق اللزوم استمرار هذه الرغبة فى كل الأوقات ، كما لا يفيد إقراره بحق خصمه (٩١)

٣ - الا يكذب ظاهر الحال المقر فى إقراره . فإذا أقر المقر لمن لا يولد مثله لمثله أنه ابنه لا يصح اقراره لظهور بطلان الإقرار . وكذلك من يقر بنصيب لوارث هو ازيد من نصيبه الشرعى بطل اقراره لكونه محالا شرعا . وكذلك الحال إذا أقرت المطلقة بانتهاء عدتها بالحيض قبل مضى ستين يوما على الطلاق على ما عليه العمل عند الأحناف . وكذلك إذا اقرت بانقضاء عدتها بعد ستين يوما ثم

---

(٨٨) طعن ٢ / ٤٧ ق س ٢٩ ص ١٦٧٦ .
(٨٩) طعن ١٠٦٢ / ٤٧ ق س ٢٩ ص ٩٤٩ .
(٩٠) طعن ١٦ / ٥٤ ق س ٢٨ ص ٢٧٢ .
(٩١) « ١٥٦ / ٣٢ ق س ١٨ ص ١٢٥ .

تزوجت فولد بعد الزواج لأقل من ستة أشهر فإن إقرارها بانقضاء عدتها يقع باطلا ، ويبطل الزواج ، ويثبت نسب الولد من مطلقها . ولذلك قضى بأن شرط الإقرار إلا يكذب ظاهر الحال المقر في اقراره (٩٢)

الإقرار بالطلاق كاذبا يقع به الطلاق قضاء لا ديانة . فالرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها وعديت منها ، والحال أنه لم يطلقها . بل أخبر كاذبا ، فــإنه لا يصدق قضاء في ادعائه أنه أخبر كذبا ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى (٩٣) . وقضى بأن القول المعتبر في الفقه الحنفي المعمول له به أن النسب يثبت بالدعوة - الإقرار - من غير أن يبين المقر وجه النسب سواء أكان المقر صادقا في الواقع أم كاذبا فيكون عليه إثم ادعائه (٩٤)

الأصل في الإقرار أن يكون صريحا وأن الاقتضاء فيه استثناء من حكم الأصل فلا يجوز قبول الإقرار الضمني ، مالم يقم دليل يقيني على وجوده ، ومرماه (٩٥) .

ثانيا : يشترط في المقر له ما يأتي :

أن يكـون المقر له معلوما ، لأن المجهول لا يصلح مستحقا . وقال في الأشباه ، الإقرار للمجهول باطل .

إذا تعين المقر له فلا يشترط أن يكون عاقلا أو بالغا ، فإذا أقر لمجنون أو معتوه أو صغير غير مميز صح اقراره .

ثالثا : شروط المقر به .

يشترط في المقر به أن يكون معلوماً . وقد فرق العلماء في شأن معلومية المقر به بين ما إذا كان التصرف يكون صحيحا مع الجهالة كالوديعه ، فإنه لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً . أما التصرفات التى لا يشترط لصحة تحققها اعلام ما صادفه ذلك التصرف ، فإن الإقرار بها مع الجهالة صحيح .

الإقرار بشيء محال باطل متى كان محالا من كل وجه فمن أقر لوارث بقدر من السهام ازيد من الفريضة الشرعيه فإقراره باطل لكونه محالا شرعا (٩٦)

---

(٩٢) طعن ١٥٦ / ٢٣ ق س ١٨ ص ١٢٥ .
(٩٣) « ١١ / ٤٥ ق س ٢٥ ص ٥٢٦
(٩٤) طعن ٤١ / ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٧٤ .
(٩٥) « ١٢٢ / ٣٨ ق س ٢٤ ص ٤٣٠ .
(٩٦) الاشباه والنظائر لابن نجيم .

سبب المقر به

إذا اختلف المقر والمقر له فى سبب المقر به ، فإن هذا الخلاف لا يمنع صحة الإقرار . ففى شأن الإقرار لا نبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ، لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها . فالتكاذب فى السبب بعد الاتفاق على وجوب أصل المقر به لا يمنع صحة الأقرار . فإذا وقع خلاف فى السبب يثبت المقر به ، ويبطل السبب . وعلى ذلك إذا اقرت المرأة أنها طلقت على زوجها بسبب الضرر وأقر الزوج أنها طلقت بسبب الغيبة ، فإن الطلاق يقع ويثبت لاتفاقهما عليه ، ويبطل سببه الذى اختلفا عليه ، لأن اختلافهما فيه لا يمنع صحة التطليق . وكذا إذا اقر الرجل أن الولد ابنه من زواج صحيح وقالت المرأة أنه ابنه منها من زواج فاسد ، فإن نسب الولد يثبت لهما رغم اختلافهما فى السبب .

الإقــرار القضائى

عرفت الماده ١٠٣ من قانون الإثبات الإقرار بأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك اثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

الإقرار القضائى له أركان أربعة :

الأول : اعتراف الخصم . والاعتراف هنا تقرير لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . وقد قضى بأن الأقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بحيث لا يكون القصد هو أنشاء الحق فى ذمته (١)

وما دام ركن الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة ما أو بحق ما فلا حاجة فى تمام الإقرار إلى قبول من الخصم الذى صدر لصالحة الإقرار

فى الفقة الاسلامى يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له المقر فى حقوق العباد ، وبرجوع المقر عن الإقرار فى حقوق الله تعالى . جاء فى البدائع « الإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين احدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الإقرار وهو الإقرار بحقوق العباد، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثانى . رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الإقرار بحقوق الله تعالى خالصا كحد الزنا لأنه يحتمل أن يكون صادقا فى الإنكـار ، فيكون كاذبـاً فى

---

(١) طعن ٤٨٢ / ٧٩ ق س ٢٨ ص ٥١٢ .

الإقرار ضرورة ، فيورث شبهه فى وجود الحد (٢) وقد قضى بأن ما يمنع من صحة الإقرار ثبوت أن المقر كاذب فى أصل إقراره (٣) .

الثانى : واقعة قانونية مدعى بها . فالإقرار يجب أن ينصب على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . وقد تكون الواقعة قانونية أو مادية .

يتعين أن يكون محل الإقرار – الواقعة القانونية أو المادية المدعى بها – معينا تعيينا كافيــاً مانعا الجهــالة الفاحشة . ويتعين ايضا أن يكون محــل الإقــرار لا يكذبه ظاهر الحال ، وأن يكون مما يجوز التعامل فيه .

الثالث : أن يكون الإقرار امام القضاء . وبهذا الركن يتميز الإقرار القضائى عن الإقرار غير القضائى . فالإقرار الذى لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقرارا قضائيا وقد قضى بأن الإقرار الوارد بإحدى الشكاوى الادارية يعد اقراراً غير قضائى (٤)

الرابع – أن يكون الإقرار أثناء ســير الدعوى . فالإقــرار أمام القضاء لا يكفى لاعتبار الإقرار اقرارا قضائيا ، بل يتعين أن يكون خلال اجراءات الدعوى التى يكون الإقرار فيها دليل الاثبات . ولذلك قضى بأن الإقرار الذى يصدر فى غير مجلس القضاء لا يكون ملزما حتما ، بل يخضع لتقدير القاضى الذى يجوز له مع تقدير الظروف التى صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملا أو مبدأ ثبوت أو مجرد قرينة ، كما يجوز ألا يأخذ به أصلا (٥) وقضى بأن قوة الإقرار القضائى فى الإثبات مقصورة على الدعوى التى صدر فيها ، فإذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير فى دعوى أخرى تالية كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى الأخرى إقراراً غير قضائى ، فلا يعتبر حجه قاطعة على المقر بل يكون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع (٦)

ولكن متى ثبت الإقرار غير القضائى بالكتابة فان حجيته تخضع للقواعد التى تحدد حجية المحررات تبعا لما إذا كانت الكتابة رسمية أم عرفية ، من حيث دلالتها فى الإثبات والمنازعة فى صحة صدورها بالادعاء بالتزوير والانكار حسب الأحوال ، وكذلك بالصورية .. الخ . وقد قضت محكمة النقض بأن ثبوت الإقــرار

---

(٢) البدائع جزء ٧ ص ٢٣٢ .
(٣) طعن ٣٩ / ٢٩ ق س ١٣ ص ٦٦٢ .
(٤) طعن ٥٣١ / ٣٥ ق س ٢١ ص ٢٣٢ .
(٥) طعن ٥٩٢ / ٣٤ ق س ٢١ ص ٢٥٤ .
(٦) « ١٩ / ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٦٥ .

غير القضائى بورقة عرفيه موقع عليها من المقر يجعله حجة عليه ولا يجوز له أن يتنصل من هذا الإقرار بمحض إرادته إلا بمبرر قانونى (٧)

إذا أقر الخصم بواقعة أمام القضاء فإن إقراره حجة عليه - عن الشيء الذى أقر به - ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمه إليه عن هذه الواقعة فإذا أهدرت المحكمة هذا الإقرار أخذا بنتيجة اليمين التى حلفها المقر - على خلاف ما أقر به - تكون قد خالفت القانون بخروجها على قواعد الاثبات (٨)

الإقرار الذى عنته الماده ١٠٣ من قـــانون الإثبات يترتب عليه إقالة الخصم من إقـــامه الدليل على الواقعة التى أقر المقر بها (٩) فإذا قـــالت المرأة لرجل « طلقنى » فهذا منها إقرار بنكاحه لها ، لأنها طلبت منه مالا يصح شرعا إلا بعد صحة النكاح - فيكون ذلك منها بمنزلة الإقرار بالنكاح . فإذا طلقها الرجل بناء على طلبها ومات احدهما فى العدة ورثة الآخر .

ايقـاع الرجل الطلاق على امرأة اقرار منه بالنكاح

إذا خرج الإقرار من المقر مخرج العموم فإنه لا يحتاج إلى بيان من المقر وتفصيل ذلك أنه إذا قال رجل لا حق لى قبل فلان ، جاز اقراره هذا وامكن العمل به لجواز أن الرجل ينفى حقوقه عن فلان هذا من كل وجه ، ولذلك يمكن العمل بموجب كلامه هذا ، من غير بيان ، لأن الإقرار ورد مطلقا ، وليس فيه احتمال . أما إذا قال المقر « جميع ما فى يدى لفلان » فإن العمل بموجب هذا الكلام على اطلاقه غير ممكن ، وسبب ذلك أن بيان المقر لا يمكن إجراؤه على العموم لأن زوجة المقر وولده فى يده ، ولا يكون ذلك للمقر له ، ولذلك اشترط الفقهاء وجوب الرجوع إلى بيان المقر .

الإقرار . قضائيا كان أو غير قضائى - يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه . وهو بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد . فيشترط لصحته ما يشتـرط لصحة سائر التصرفات القـانونية ، فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غيرمشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ، فإذا شاب الإقرار غلطاً كان باطلاً ، وحق للمقر الرجوع فيه (١٠)

---

(٧) نقض مدنى ٢٠ / ٢ / ١٩٦٤ س ١٥ ص ٢٦٣ .
(٨) طعن ٤٢٣ / ٤٦ ق س ١٣ ص ٤٦٢ .
(٩) طعن ١٢٣ / ٢٨ ق س ٢٤ ص ٤٣٠ .
(١٠) « ٢٧ / ٢٣ ق س ١٨ ص ١٥٦ .

الإقرار غير القضائى هو الإقرار الذى لا يصدر فى مجلس القضاء فى ذات القضيه المتعلقة بالمقر به . ويشترك الإقرار غير القضائى مع الإقرار القضائى فى أن كلا منهما عمل قانونى قصد به الإخبار من جانب واحد ، وإن كلا منهما من أعمال التصرف ، وأنه حجة قاصرة على المقر .

والإقرار غير القضائى أمثلته كثيرة لا تقع تحت الحصر ، فالإقرار الوارد بإحدى الشكاوى الادارية يعد إقرارا غير قضـــائى . والإقرار المكتـــوب فى غير مجلس القضــاء اقرار غير قضائى ، والإقرار الـوارد فى خطـاب إقرار غير قضائى .

الإقرار غير القضائى يخضع لتقدير القاضى ، فيجوز له أن يجزئه وأن يأخذ ببعضه دون البعض ، كما أن له تقدير الظروف التى صدر فيها ، وأن يعتبره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلا (١١) إلا إذا كان الإقرار كتابيا صريحا ولم يستطع المقر التنصل منه بطريق قانونى ، إذ تكون لهذا الإقرار حجية الدليل الكتابى .

حجية الإقرار

جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولا يتعدى إلى غيره . بمعنى أن الواقعة التى أقر بها المقر تصبح حجة عليه من غير حاجة إلى أثبات من المقر له . ومعنى كون الإقرار قاصر على المقر ولا يتعداه إلى غيره ، أن المقر وحده يؤخذ بإقراره ، ولا يؤخذ به غيره ، لأن المقر لا ولاية له على غيره ، فلا يسرى إقراره إلى هذا الغير .

بالنسبة للخلف العام للمقر – وهم ورثته – فإن الإقرار الصادر من مورثهم يتعدى إليهم . وقد قضى بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم (١٢) وأن ورثة المقر بوصفهم خلفا عاما له يصح الاحتجاج قبلهم بما حواه إقراره (١٣) كما قضى بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الاثبات أن حقيقتها وصية .

---

(١١) طعن ١٩٩ / ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٨٧

(١٢) طعن ١٢٥ / ١٩ ق مجموعه ٢٥ سنه ج ١ ص ٣٣

(١٣) « ١١ / ١٨ ق « « « «

الإقرار حجة ملزمة بنفسه ، وموجب للحق بنفسه ، فلا يحتاج إلى القضاء لأن إقرار المقر محمول على الصدق فى حق نفسه ، ولذا يكون حجة عليه . إطلاق اسم القضاء على ما يثبت بالإقرار من قبيل المجاز ، لأن المقر ألزم نفسه ، وهو غير متهم فيما أقر به ، والقضاء بموجب الإقرار مظهر للحق لا مثبت له .

إقرار المقر لا يتعدى إلى غيره ، لأن إقراره محمول على الكذب ، لكونه متهما فى حق الغير ، ولذا يحتاج إلى القضاء للحكم بهذا الإقرار . وقد قضى بأن المنصوص عليه شرعا أنه لو أقر الزوج بطلاق زوجته منذ زمن مضى ، وجحدت الزوجة الطلاق ، ولم تقم بينه عادلة ، فإن القاضى لا يقبل قول الزوج أنه طلقها منذ زمن مضى ، ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقربه عند القاضى ، لأنه الإقرار يصدق فى حقه لا فى إبطال حق الغير (١٤)

والمقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه لأن للمقر ولاية التصرف فى مال نفسه (١٥) أما إذا كان إقرار المقر يرتب حقوقا أو التزمات على الغير فإن إقراره لا يكون حجة على هذا الغير ولا يعامل بموجب الإقرار ولذلك قضى بأن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب ، لا يثبت به النسب أصلا ، ولابد من تصديق من حمل عليه النسب أو إثبات النسب بالبينة ، لأن الإقرار فى هذه الحالة يقتضى تحميل النسب على غير المقر والإقرار بذاته حجة قاصرة على المقرر (١٦)

الإقرار حجة على المقر مالم يكذبه الحاكم ، فإن كذبه لا يبقى للإقرار حكم ، فإذا أقر شخص لأخر بشىء ، ثم ادعى ثالث هذا الشىء أمام القضاء وأقام عليه البينة وقضى له به ، فإن فى هذا القضاء تكذيب للمقر فى إقراره .

ومن تكذيب الإقرار تكذيب الشرع للمقر . فإذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار ثبت كذبها فى اقرارها بحكم الشرع .

ادعاء المقر بكذبه فى إقراره : -

أ - فى حياة المقر له (يقول ابو يوسف يحلف المقر له على أن المقر صادق فيما أقر به . فإن حلف ثبت الحق فى المقر به . أما إذا نكل المقر له عن الحلف

---

(١٤) مبادىء القضاء ص ٣٢ .
(١٥) طعن ٤١ / ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٧٣ .
(١٦) طعن ٥ / ٤٢ ق س ٢٦ ص ١٣٠٢ .

فلا شيء له في المقر به . وقد استحسن أبو يوسف هذا النظر لتغير احوال الناس ، والإقرار لا يكون دليلا فى هذه الحالة فيحلف المقر له ولا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليها ، أما المقر فهو يتضرر من اليمين .

ويقول أبـو حنيفة ومحمد إن المقر له لا يحلف ، وإنما يؤخذ المقر بأقراره ويؤمر بتسليم ما أقر به . وقولهما هذا قياس لأن الإقـرار يلزم المقر شرعا كالبينة ، بل الإقرار أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد فلا يلتفت إلى دعوى الكذب فى الإقرار .

تكذيب الإقرار هو إخبار عن بطلانه من الأصل ، وأنه غير مطابق للواقع .

إقرار الرجل فى أمور النسب

يصح اقرار الرجل بأربع – بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة ويصح إقرار المرأة بثلاث – الأب والزوج ومولى العتاقة . ولا يصح اقرارها بالولد . لأن اقرار الرجل بالولد ، هو إقرار منه على نفسه والولد ينسب إليه . أما إقرار المرأة بالولد ، فيه اقرار منها على الغير وهو صاحب الفراش والولد ينسب إليه لا إليها ولذلك لم يصح إقرارها بالولد . أما إقرارها بالأب والزوج ومولى العتاقة فهى مقرة على نفسها كالرجل فيصح اقرارها .

سبب ثبوت النسب من الرجل خفى لا يقف عليه غيره ، فمجرد قوله فيه مقبول . أما سبب ثبوت النسب من المرأة هو الولادة ويطلع عليها غيرها فلا يقبل النسب بمجرد قولها . فإذا ادعت المرأة نسب الولد وشهدت لها إمرأة على ذلك ، وصدقها الولد – أن كان ممن يعبر عن نفسه – ثبت نسبه منها لأن شهادة القابلة تظهر النسب ، وهو الولادة – والولادة مما لا يطلع عليها الرجال . ويشترط تصديق الولد – إن كان ممن يعبر عن نفسه – لأنه إذا كذبها لم يثبت النسب إلا بحجة تامة أما إذا ادعت المرأه نسب الولد وصدقها الزوج أنه منه ثبت النسب منها لأن الزوج بإقراره على نفسه يثبت النسب ، وإذا ثبت منه ثبت منها تبعا للفراش لأن الفراش للزوج على زوجته ، وهو سبب لثبوت النسب منها .

إذا أقرت المرأة بولد – وكان ممن يعبر عن نفسه – وصدقها لم يثبت النسب ولكنهما يتوارثان إذا لم يكن لهما وارث معروف ، لأن المقر يعامل فى حق نفسه إن كان ما أقر به حق ، وإنما لا يصدق فى حق الغير لتمكن التهمة . أما إذا كان هناك وارث معروف فإن تهمة المواضعه تتمكن بين المرأة والولد على ابطال حق الوارث المعروف . إما إذا لم يكن هناك وارث معروف لا تتمكن تهمة المواضعة بينهما لأن كل واحد منهما متمكن من انشاء سبب يجعل ماله لصاحبه كالوصية .

الإقرار بالقرابات كالإخوة والأعمام لا يصح من الرجل أو المرأة لأنه يحمل نسبه على غيره ، ولذلك يلزم لثبوت النسب من المقر والمقر له وجود واسطة – وفى تلك الواسطة إقرار على الغير . والأصل فى هذا حديث عمر رضى الله عنه « لا يورث الحميل إلا ببينة » (١٧)

ب – بعد وفاة المقر له .

إذا ادعى المقر كذبه فى الإقرار ، وكان ذلك بعد وفاة المقر له فاليمين على ورثته (المقر له) بأنه لا يعلم أنه كان كاذباً .

إما إذا كانت دعوى الكذب من ورثة المقر حلف لهم المقر له كما يحلف للمقر .

نصت الماده ١٠٤ من قانون الآثبات على أن الإقرار حجه قاطعة على المقر .

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى .

الأصل فى الإقرار أنه غير قابل التجزئه فإما أن يؤخذ به كله أو يترك كله .

فالمقر له لا يمكنـــه أن يأخذ من اقرار المقـــر ما ينفعه فى دعـواه ويترك منه ما يضره .

وفى تجزئه الإقرار وعدم تجزئته يتعين بيان أنواع الإقرار :

١ – الإقرار البسيط .

يكون الإقرار بسيطا إذا اقتصر على تصديق المدعى المدعى عليه فيما ادعاه . فإذا صدر الإقرار على هذا النحو فإنه يكون بسيط محضا ولا محل للنظر فى تجزئته أو عدم تجزئته .

٢ – الإقرار الموصوف

يكون الإقرار موصوفا إذا اقر المدعى عليه ببعض ما ادعاه المدعى دون بعض أو أضاف شيئا . فإذا ادعى المدعى دينا مقدار مائة جنية مؤجله إلى سنتين وإن الأجل قد حل فاستحق الدفع . وجاء المدعى عليه وأقر بإن الدين مؤجل إلى ثلاث سنوات لا سنتين ، وبالتالى لم يستحق الدفع . فالإقرار فى هذه الحالة يكون موصوفا – لا بسيطاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين .

يتعين ملاحظة أن الوصف يجب أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه لا أن يكون حادثا جدَّ بعده . والإقرار الموصوف لا يتجزأ على صاحبه ، فإما أن يـأخذ

---

(١٧) راجع المبسوط جزء ١٧ .

به الدائن كما هو ، وإما أن يدعه كله - إذا ليس له أن يجزئه فيأخذ من الإقرار إقرار المقر بالدين ويترك الوصف الذى دخل عليه . وعليه إذا هو لم يأخذ بالإقرار الموصوف أن يثبت دينه كما ادعاه .

٣ - الإقرار المركب .

يكون الإقرار مركبا إذا كانت الواقعة المقر بها قد اقترنت بواقعة جدت بعدها . فإذا كان المدعى قد أدعى أنه اقرض المدعى عليه مائة جنيه ، وجاء الأخير وأقر بالقرض ولكنه وفى المبلغ المقترض أو جزء منه . فالإقرار فى هذه الحالة يكون مركبا .

ويتعين ملاحظة أن الواقعة المقترنة هنا جدت بعد نشوء الواقعة الأصلية . وحكم الإقرار المركب أنه لا يتجزأ أيضا .

الإقرار المركب والإقرار الموصوف كل منهما يشتمل على واقعه أصلية وواقعة مرتبطة . والإقرار الموصوف فيه الواقعة الأصلية تقترن بالواقعة المرتبطة من وقت نشوء الواقعة الأصلية ، فالأجل أو الشرط مثلا قد اقترنا بالدين من وقت نشوئه . أما الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها وإنما تجد بعدها . وقد قضى بأن الإقرار المركب هو ما توافر فيه الارتباط بين الواقعة الأصلية والواقعة المصاحبة لها ، فإذا كان المقر قد أقر بأنه لم يتسلم قيمة الشيك ليكون مدينا بقيمتة أو لينفقها على شؤون نفسه ، وإنما استلمها لينفق منها على أعمال والده ، فإن مقتضى هذا الإقرار وجود تلازم زمنى بين قبض قيمة الشيك وبين القصد من انفاقها فى شؤون والده وذكر هذا القصد مما يجعل الإقرار من قبيل الإقرار الموصوف لا المركب ، وبفرض اعتباره إقراراً مركبا فإنه لا يكون قابلا للتجزئه لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية موضوع الإقرار - وهى قبض قيمة الشيك - وبين الواقعة المصاحبة لها - وهى القصد من القبض للانفاق على شؤون الوالد - وهذا الارتباط مؤثر على كيان الواقعة الأولى ووجودها القانونى ، فهو إقرار لا يقبل التجزئه (١٨)

الرجوع فى الإقرار

الرجـوع هو رفع للإقرار بعد تحقق وجوده ، ونسـخ له بعد تقـرره كلا أو بعضـاً .

---

(١٨) طعن ٢٣ / ٣١ ق س ١٤ ص ٨٦٤ .

وفى الرجوع عن الإقرار يفرق العلماء بين أمرين:

أولا : الرجوع عن الإقرار ، بما يوجب الحد الذى هو خالص لله تعالى يبطل الإقرار لأن الحدود تدرأ بالسبهات ، ورجوع المقر عن إقراره يورث الشبهة فى الإقرار ويضعف جانب رجحان الصدق على الاقرار .

ثانيا : الرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد باطل ، ويظل الاقرار صحيحاً . نافذا ، لأن إقرار المقر فيه الحجة على نفسه بان ما أقر به ، ملك وحق للمقر له . فمن أقر لغيـــره بشىء ثم رجع فى قـــراره فلا يفيده رجوعه . وقد ورد فى قرة عيون الاخبار لابن عابدين أن الإقرار المتأخر يرفع الانكار المتقدم ، والاقرار المتقدم يمنع الانكار المتأخر .

النكــول عن اليمين

الأصـــل فى اثبات الدعوى ، أن البينة على المدعى ، واليمين (١) على من أنكر . فإذا أقام المدعى دعواه ، وأقام عليها البينة ، حكم له القاضى بموجب هذه البينة . إما إذا لم تكن للمدعى بينة على ما يدعيه وكانت دعواه مما يجوز فيها توجيه اليمين على المدعى عليه ، ووجهت إليه اليمين ، فنكل عنها ، فقد اختلف الفقهاء فى أمر الحكم بموجب النكول عن اليمين إلى ثلاثة آراء هى :

١ — لا يحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله عن اليمين ، وإنما ترد اليمين على المدعى وإلى هذا ذهب الشافعية والمالكية وأحدى روايتين عن الأمام أحمد .

٢ — يقضى على المدعى عليه بنكوله عن اليمين ، ولا يرد اليمين على المدعى وإلى هذا ذهب الأحناف .

٣ — لا يقضى على المدعى عليه بنكوله عن اليمين ، ولا ترد على المدعى ، بل يحبس المدعى عليه حتى يقر – بالمدعى به – أو يحلف وإلى هذا ذهب ابن حزم الذى اجاز رد اليمين فى القسامة والوصية فى السفر .

---

(١) يشترط فى الحالف أن يكون بالغا عاقلا ، فاهما للخطاب . فلا يصح اليمين من الصبى أو المجنون أو النائم . واشترط الأحناف إسلام الحالف فلا يصح عندهم يمين الكافر ولا تكون اليمين إلا بالله ، والحديث « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » ويحلف النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على « عيسى » واليهودى بالله الذى أنزل التوراة على « موسى » ولا يحلفا بالله مطلقا .

المدعى عليه لا يحلف إلا إذا طلب المدعى تحليفه عند أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف يحلف بدون طلب المدعى . الوكيل لا يمين عليه لأنه نائب عن الأصيل والنيابة لا تجرى فى الاستحلاف

ويهمنا من هذه الآراء الثلاثة رأى الاحناف الذى عليه العمل – طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية – فيما يتعلق بمسائل الموضوع ، فالأحناف يرون اخذ المدعى عليه بنكوله عن حلف اليمين الذى وجهت اليه ، والحكم بموجب هذا النكول ، ولا ترد اليمين على المدعى . واستدل الأحناف بحديث رسول الله ﴿ﷺ﴾ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » وحديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فالحديث جعل جنس اليمين على المنكر ، فلا يبقى يمين على المدعى ، ومن ثم لا ترد عليه . والحديث الثانى قسم بين البينة وبين اليمين ، فجعل جنس البينة على المدعى ، وجنس اليمين على المنكر ، والقسمة تنافى المشاركة . كما استدلوا بأن عثمان رضى الله عنه قضى بطلاق امرأة على زوجها لقوله لها حبلك على غاربك عند نكوله عن اليمين على عدم إرادة الطلاق .

ينقسم النكول عن اداء اليمين إلى قسمين .

الأول – نكول حقيقى ، وهو التعبير صراحة من الناكل برفض الحلف والمقصود بذلك الامتناع الصريح عن حلف اليمين فى حالة وجوبها . ولا يعد نكولا حقيقيا مجرد المنازعة فى وجوب أداء اليمين غير أنه إذا حسم القاضى المنازعة حول وجوب الحلف ، والزم المنكر اليمين ثم رفض يكون ناكلا . وعلى هذا الإساس يشترط للنكول أن تكون اليمين واجبة أصلا ، وتوافرت فى الدعوى شرائطها الشرعية وأن يوافق القاضى على توجيهها فى مجلس القضاء .

الثانى : نكول حكمى ، ويكون فى حالتين – إما سكوت من وجبت عليه اليمين شرعا دون أن يصرح بالامتناع عنها ، ويعتبر كذلك فى رأى البعض إذا عرضت عليه ثلاثا ورفض . وإما أن يدعى الشخص لمجلس القضاء للحلف فيمتنع عن الحضور (٢) وقد نصت المادة ٢٠٠ / ٣ – الملغاه – من اللائحة على أنه إذا كلف من توجهت عليه اليمين للحضور لحلفها ولم يحضر بعد اعلانه بالحضور ولم يبد عذرا شرعياً إعتبر ناكلاً .

تكييف النكول عن أداء اليمين .

قال أبو يوسف ومحمد – من الأحناف – إن نكول المدعى عليه عن أداء اليمين

---

(٢) الاعتزار بالجهل بالقانون للمستشار وجدى عبد الصمد .

يدل على إقراره بالحق المدعى به (٣) . فالنكول عندهما بدل الإقرار في قطع المنازعة ، وإن كان لا يترتب عليه كل ما يترتب على الإقرار من آثار ، لأن بدل الشيء لا يساويه من كل وجه . وأضافا أن المدعى عليه لو كان صادقا في جوابه عن الدعوى لبرأ نفسه بأداء اليمين ، فإذا نكل عنه كان حكمه حكم المقر ، فيقضى عليه بذلك النكول ، لأن في النكول صدق المدعى فيما يدعيه ، فيقضى له بموجبه . ويضيف الصاحبان أن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب في انكاره السابق عند الجواب عن الدعوى ، ومقر في المعنى بما ادعاه المدعى بدعواه ، ولولا ذلك ما نكل عن الحلف . هذا فضلا عن أن اليمين الصادقة فيها معنى الثواب ، واليمين الكاذبة فيها معنى الهلاك ، فمن انكر أداءها فقد خاف الهلاك ، وآثر الرجوع إلى الحق ، وهو أولى من التمادي في الباطل .

وقال أبو حنيفة ، إن نكول المدعى عليه عن أداء اليمين فيه معنى البذل ، أي ترك منازعة المدعي - والإعراض عن منازعته فيما يدعيه ، لأن حمل النكول على البذل أولى من حمله على الإقرار ، لأننا لو حملنا النكول على الإقرار كذبنا المدعى عليه في انكاره السابق ، أما إذا حملناه على البذل فقد قطعنا الخصومة بلا تكذيب ، وذلك فيه صيانه المسلم من أن يظن به الكذب . وأضاف بأن النكول إذا كان إقراراً - كما ذهب الصاحبان - فإنه يجوز مطلقا بدون قضاء ، إلا أن النكول لا يجوز إلا في مجلس القضاء اتفاقا بين الإمام وصاحبيه . واعتبار النكول بذلاً لا يفيد هبة حقيقية للشيء المدعى به ، لأن النكول عن اليمين ليس بذلا صريحا ، وإنما هو بذل بحكم الشرع ، لذلك يحتاج النكول إلى القضاء قطعا للمنازعة . أما إذا كان النكول عن اليمين بذلا حقيقة ، فإن المدعى به يجب ابتداء في الذمة وبدون حاجة إلى قضاء .

وهناك رأي باعتبار النكول عن أداء اليمين مجرد قرينة قاطعة يغني عن الجدل حول طبيعته ، لأن النكول بحسبانه موقفا سلبيا ، إنما ينهض قرينة على عدم ثبوت الحق المتنازع عليه في جانب الموجهة إليه اليمين . واعتبار النكول بذلا على ما ذهب اليه الإمام أبو حنيفة فيه تحميـــل لطبيعته على أكثر مما يحتمـل ،

---

(٣) لأنه يدل على الكذب في الإنكار ، فإنه لو لم يكن كاذبا لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى تعظيما له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وابقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاثة - تكملة فتح القدير ص ١٦٣ وما بعدها .

وربما لا يدور فى ذهن الناكل ، فالخصم الناكل عن الحلف لا يهدف من نكوله إلى البـذل . ولا يمكن اعتبار الناكل من ناحية أخرى مقرا على ما ذهب اليه الصاحبان ، لأن الخصم لو قصد إلى الاقرار لصرح بذلك ولكن اللجاجة فى الخصومة بالانكار فى بادىء الأمر ، ثم رفض الحلف صراحة أو السكوت عنه ، كل ذلك ينبىء عن عدم الرغبة فى الإقرار ، ولا سيما أن النكول قد يرجع فى حقيقته إلى التشكك فى موضوع النزاع ، أو مجرد الترفع عن أداء اليمين بما ينفى اعتبار النكول – بمجرده – من قبيل الانكار (٤)

الفراق بين النكول والإقرار

الإقرار موجب للحق بنفسه ، ولا يتوقف على قضاء القاضى ، فحين الإقرار يثبت الحق . أما النكول فليس بإقرار صريح أو دلالة ، لكنه يصير إقراراً بقضاء القاضى فينزل المنكر منزلة المقر .

شرط النكول عن اليمين – أن يكون النكول فى مجلس القضاء ، أى يجب أن يتصل به القضاء ، سواء كان الإقرار فى معنى البذل – عند أبى حنيفة – لأن عن الحلف يدل على بذل الحق – أم كان النكول فى معنى الإقرار – عند الصاحبين – لأنه فى الحالين ، يتعين أن يكون فى مجلس القضاء .

النكول عن اليمين قد يكون نكولا حقيقيا بأن يقول المدعى عليه لا أحلف اليمين ، وفى هذه الحالة يقضى عليه القاضـى بموجب نكوله . وقد يكون النكول حكما وذلك فى حالة ما إذا عرض القاضى اليمين على المدعى عليه ، وسكت عن الحلف دون أن يحلف ، من غير عذر يمنع الإجابة عن الدعوى ، فيكون ممتنعا عن اليمين المستحقة عليه .

إذا امتنع المدعى عليه عن الحلف بعد عرض اليمين عليه ، فإنه يعد ناكلا عن اليمين ، إلا أنه قد يطلب أداء اليمين بعد النكول ، فإذا كان طلب الحلف قبل القضاء بموجب النكول فيجوز للقاضى تحليفه ، لأن أثر الحلف فى هذه الحالة يرد على إبطال ما ادعاه ، فاعتبر الحلف . أما إذا كان طلب الحلف بعد القضاء بموجب النكول ، فإن القاضى لا يجيبه إلى الحلف لأن أثر الحلف فى هذه الحالة يرد على ابطال القضاء ، فلا يعتبر القاضى طلبه الحلف .

---

(٤) الاعتداء بالجهل بالقانون للمستشار محمد وجدى عبد الصمد .

فائدة الاستحلاف هى القضاء بموجب النكول . غير أن الإمام أبا حنيفة يرى عدم الاستحلاف فى أشياء هى النكاح والرجعة والايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء . لأن النكول عن أداء اليمين عنده بذل والبذل لا يجوز فى هذه الأشياء (٥) ويرى الصاحبان الاستحلاف فى هذه الاشياء لأن النكول فى باب المال إنما صار حجة لكونه اقراراً . لأن الناكل يمتنع عن اليمين الكاذبة عادة ، فيصير معترفا بالحق دلالة والكاذب فى الإنكار مقر ضرورة ، والإقرار يصح فى الاشياء التى ذكرها أو حنيفة .

تحليف الشخص ، قد يكون على فعل نفسه ، وقد يكون على فعل غيره . فإذا كان التحليف واردا على فعل الشخص أو قوله يتعين أن يكون التحليف على البتات – أى على القطع . أما إذا كان التحليف على فعل غيره أو قوله ، فإن التحليف يكون على العلم – أى نفى العلم – أى أنه لا يعلم إن المحلوف عليه ليس كما ادعاه المدعى ، أما فى حالة الإثبات فإنه يحلف أن المحلوف عليه كما ادعاه المدعى . وسبب ذلك عدم علم الحالف بما فعل غيره ظاهرا ، فإذا حلف الحالف فى هذه الحالة على البتات امتنع عن اليمين ، ولو كان صادقا .

إذا كان فعل الغير شيئا يتصل بالحالف – أى يتعلق حكمه به بحيث يعود إلى فعله – جاز أن يحلف على البتات .

يمين البتات أكثر من يمين العلم ، حيث يجـزم الحالف فى الأولى ولم يجزم فى الثانية .

القـــرائن

القرينة هى التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به ، أو الأمارة البالغة حد اليقين ، والظاهر أن مراد الفقهاء من اشتراط حد اليقين أو القطع (١) فى حد القرينة ما يشمل الظن الغالب ، لا خصوص اليقين القطعى . وذلك لأن دلالة طرق الاثبات مهما قويت فلا تخلو من ظن ، ولا يتوقف العمل بها على اليقين الذى يقطع الاحتمال .

---

(٥) لأن المرأة فى النكاح لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها . وهذا بخلاف الأموال ، فإنها تحتمل البذل .

(١) يستعمل العلماء العلم القطعى فى معنيين أحدهما ما يقطع الاحتمال أصلا ، كالمحكم والمتواتر . والثانى ما يقطع الاحتمال الناشىء عن دليل ، كالظاهر ، والنص ، والخبر المشهور والأول يسمونه علم اليقين ، والثانى يسمونه علم الطمأنينه . والقرينة القاطعة من قبيل علم الطمأنينه أى الذى يقطع الاحتمال الناشىء عن دليل .

(٢) طرق الاثبات للدكتور أحمد عبد المنعم البهى طبعه سنه ١٩٦٥ .

والقرينة هى استنباط الشارع – أو القاضى – لأمر مجهول من أمر معلوم . فهى بذلك دليل غير مباشر لأنها لا تؤدى إلى ما يراد إثباته مباشرة ، بل تؤدى إليه بالواسطة ، وهذه الواسطة هى الأمر المعلوم الذى يؤدى إلى استنباط الأمر المجهول .

هناك قرائن شرعية نص عليها الشارع الحكيم أو أئمة الشريعة باجتهادهم وأمثلتها كثيرة :

١ – كون الولد للفراش .

٢ – ثبوت النسب فى النكاح الصحيح « شرعا » مع احتمال كون الولد من غير الزوج ، ولو قامت قرينة أخرى قوية على أن الولد من غير الزوج صاحب الفراش لأن الشارع اعتبر قيام الزوجية قرينة قاطعة على كون الولد من الزوج لا من غيره . قال ﴿ﷺ﴾ « الولد للفراش »

٣ – إذا فرق القاضى بين العنين وامرأته ، ثم جاءت – بعد التفريق – بولد لستة أشهر ثبت نسب هذا الولد من الزوج لأن مجيء الولد لستة أشهر قرينة على أن الولد له .

قضى بأن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ، ومثلها ما استنبطه القاضى من دلائل الحال ، وشواهد وكتب الأحناف مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة ، اعتبارا بأن القضاء فهم ، ومن القرائن القاطعة مالا يسوغ تعطيل شهادته ، إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار ، وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب . والقرينة القاطعة هى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، وهى أمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكا أو احتمالا ، وهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة (٣)

لم ترد القرينة عن الائمة الاربعة باعتبارها طريقا من طرق الاثبات ، ولم يفردوا لها باباً خاصاً على الرغم من أن كتبهم ورد فيها ما يفيد أنهم عملوا بالقرينة ، واعتنوا بمدلولها . ولذلك ثار الخلاف بشأن القرينة بين متأخرى الفقهاء . فالزيلعى وابن عابدين وابن الغرس من الأحناف انتصروا للقرينة كطريق من طرق الإثبات ، واجازوا القضاء بها عند انعدام البينات أو تعارضها ،

---

(٣) طعن ١٢ / ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٢٢١

وقد عد صاحب الاشباه (٤) طرق الاثبات سبعا منها القرينة القاطعة وقال ذكر ذلك ابن الغرس وانفرد به ، وقد اخذت المجلة العدلية فى مادتها ١٧٤١ بالقرينة القاطعة . وانفرد الاحناف أيضا بالاخذ بقرينة معينه هى القضاء بالنكول ، والقضاء به ليس سوى الرجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة ، النكول هنا قصد به النكول عن اليمين . غير من الأحناف من انتصر لعدم جواز القضاء بالقرينة كالخير الرملى وصاحب تكملة ابن عابدين وصاحب البحر الذى قال « لم أر إلى الآن من أخذ بالقرينة غير ابن الغرس ، إلا أن من الفقهاء من قال أن قول ابن الغرس منقـــول ولم يقل إنه قاله من عند نفسه ، وعدم رؤية صـــاحب البحـر له لا يقتضى عدم وجوده فى كلامهم (٥) المادة ١٢٢ - الملغاة - من اللائحة نصت على أن « الأدلة الشـــرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحـــلف وقرينة قاطعة » وجـــاء بالمذكرة الإيضاحية أنه « ليس الغرض من الدليـل الذى يقدم للقضـــاء سوى إبانة الحق وإظهاره ، وقد يوجد فى الدعـــوى من القرائن القاطعـــة ما يرجـــح كفة أحد الخصـــمين ، ويدل على الحـــق فى الخصومة ، وليس من العـــدالة ، ولا من الحـــق أن تهدر دلالتها ، ويحجر على القضاء الأخذ بها ، وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها ، واعتمد الفقهاء فى صدر الإسلام فى أقضيتهم عليها ، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة وعرف الدليل للإرشاد إلى ما هو المقصود منه ليسير القضاة فى التطبيق على وفقه » وبهذا يبين أن الشريعة الإسلامية اعتبرت القرينة القاطعة ، وأجازت للقضاء العمل على مقتضاها حتى لا تتعطل أقضـــيات الناس .

ابن تيمية وابن القيم من الحنابله ، والقرافى وابن فرحون وابن جزى من الملكية انتصروا للعمل بالقرينة .

انصار العمل بالقرينة كدليل للقضاء بمدلولها استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

---

(٤) ابن نجيم من الأحناف

(٥) قرة عيوم الاخيار جزء- ص ٣٢٢ .

١ – الكتاب

قال تعالى « وشهد شاهد من اهلها إن كان قميصه قُدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قُدّ من دبر فكذبت وهو من الصادقين . فلما رأى قميصه قُدّ من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم » فالآية أفادت الحكم بالأمارات – إذ توصل بقد القميص إلى تمييز الصادق منهما – من زوجة العزيز ويوسف – من الكاذب ، وماذاك إلا إعمال للأمارات ، وجعلها سببا للحكم وهذا يدل على جواز العمل بالقرائن والاعتماد عليها .

قال تعالى « وجاءوا على قميصه بدم كذب » أرادوا بذلك أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم ، إلا أن الله تعالى قرن بهذه العلامة علامة أخرى تعارضها هى سلامة القميص ، ولذلك روى أن يعقوب استدل على كذبهم بصحة القميص وقال متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا يخرق قميصه .

٢ – السنة

وردت السنة بأحاديث كثيرة تدل على العمل بالقرينة منها .

روى عن عبد الرحمن بن عوف أن أنصاريين قتلا أبا جهل يوم بدر ثم أنصرفا إلى رسول الله ﴿ﷺ﴾ فقال كل منهما انا قتلته ، فقال ﴿ﷺ﴾ هل مسحتما سيفكما قالا لا ، فنظر الرسول إلى السيفين فقال كلاكما قتله .

قال ﴿ﷺ﴾ « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها ، وإذنها صماتها » فصمات البكر قرينة على رضاها . فجوز الفقهاء الشهادة على أنها راضية .

٣ – المعقول .

أفاض ابن القيم فى الدليل على أن القرينة طريق من طرق الإثبات ، فقال إن « الشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال . بل من استقرأ الشرع فى مصادره وموارده ، وجده شاهدا لها بالاعتبار ، مرتبا عليها الأحكام » وأضاف « فإذا ظهرت أمارات العدل واسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته واعلامه بشىء ثم ينفى ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين امارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها ، بل قد بين سبحانه بما شرعه من

الطرق إن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له (٦) ويضيف أن « البينه أسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة لم يوف مسماها حقه ، ولم تأت البينة فى القرآن مرادا بها الشاهدان ، وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان - مفردة ومجموعة - ، وكذلك قول رسول الله ﴿ﷺ﴾ « البينة على المدعى » المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له والشاهدان من البينة . ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعى فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد . والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربه في المعنى فابن القيم جوز القضاء بالقرائن في الجملة لأنه ساق الاستدلال بوجه يريد به إثبات حجية جميع ما يظهر الحق ويبينه ، والقرائن من جملة ذلك .

الفقهاء الذين لم يأخذوا بالقرينة كدليل للحكم قالوا إن القرائن ليست مضطردة الدلالة ولا منضبطة ، وكثيرا ما تبدوا قوية ثم يعتريها الضعف .

والحق ان كتب الفقهاء - سواء الذين اخذوا بدلالة القرائن أو لم ينتصروا لها - مليئة بالعمل بالقرائن ، بل اجازوا القضاء بمجرد النكول ، وهو رجوع إلى القرينة الظاهرة عندهم على كذب الناكل ، وقدم العمل بهذه القرينة على أصل براءة الذمة (٧)

---

(٦) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١١ وما بعدها .

(٧) طرق الاثبات فى الشريعة والقانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهى .

البــــاب الرابع

في الأحكــــام

مادة – ٢٨٠ – تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

□□□

عملاً بالمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية تصدر الأحكام طبقا لما هو مدون بها ولأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ، وذلك فيما عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في قانون المحاكم الشرعية ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد . ومن قوانين المحاكم الشرعية قانون المواريث وقانون الوصية والقانون ٢٥ سنه ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية . والقانون ٢٥ سنه ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمعدلين بالقانون ١٠٠ / ١٩٨٥ ، والقانون ١١٩ / ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المـال . فهذه القوانين تضمنت قواعد مخالفة لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ومع ذلك يتعين أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد . ومؤدى ذلك أنه مالم تنص القوانين المذكورة على قواعد خاصة يتعين الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . وقد قضى بأنه لا يجوز القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم في مسألة من – المسائل الواردة في القوانين سالفة الذكر – إنما أراد به المشرع أن يخالف نصا في القرآن أو السنة الصحيحة أو حكما اتفق عليه فقهاء المسلمين ، فإذا كان الحكم المطعون فيه . قد التزم هذا النظر وطبق أحكام الردة على زواج الطاعنة بعد ردتها وقضى ببطلاه وأمر بالتفريق بينها وبين الطاعن الأول محافظة على حقوق الله وصيانة لها من العبث ،

وهى أمور لا تتصل بحرية العقيدة ، ولكن بما رتبه الفقهاء عليها من آثار فإنه لا يكـون قد خالف القانون أو اخطا في تطبيقه (١) . كما قضى بأن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ ، ٢٨٠ لائحة أن المشرع فرق في الاثبات بين الدليل وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات ، كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، وبيان قوته ، وأثره القانوني ، فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام قواعد الشريعة الاسلامية (أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة) . والحكمة التى تغياها المشرع من ذلك هى احترام ولاية القانون الواجب التطبيق ، حتى لا يكون هناك اخلال بحق المتخاصمين في تطبيق شريعتهم . ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد نص في المادة الثالثة عشر من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ على الغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه ، وهو الخاص بالأدلة ولم يستبق منه سوى المادة الخاصة بسماع دعوى الوقف عند الانكار وسماع شهادة الاستكشاف في النفقات والشهادة على الوصية إذ أنه لم يقصد بهذا الالغاء الخروج على الأصل المقرر بمقتضى الماده ٢٨٠ لائحة التى أحالت اليها الماده السادسة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ السابق الإشارة إليه (٢) إثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ، وقوعه وكيف يكون الطلاق معتبرا شرعا حتى تقع الفرقة بين الزوجين ، تطبيق ارجح الاقوال في مذهب أبى حنيفة على ذلك - دون قانون المرافعات والقانون المدنى - لا مخالفة فيه للقانون .

القول الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة في شأن التطليق للضرر أمام القاضى ، أن الطلاق لمن أخذ بالساق ، فالقاضى لا يملك التفريق بين الزوج وزجته - عند أبى حنيفة ، ولكن الذى يملك ذلك هو الزوج وحده ، لأنه وحده الذى يأخذ بساق المرأة كناية عن حقه فى نكاحها ، وقد ظل الأمر على هذا الحال إلى أن أصدر المشرع القانون ٢٥ / ١٩٢٩ الذى أباح التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة أو رجعية حسب التفصيل الوارد بهذا القانون الذى أخذ من مذهب الإمـــام

---

(١) طعن ٢٠ / ٢٤ ق س ص ٧٨٣
(٢) طعن ٤٢ / ٣٠ ق س ٢٤ ص ٣٢

مالك الذى يبيح أن يحل القاضى محل الزوج فى التفــريق إذا رأى ضررا يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية للأسباب التى عددها مذهب الأمام مالك واعتبرها القانون ٢٥ سنه ١٩٢٩ .

المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية التى جاء بها القانون من غير مذهب أبى حنيفة لم يتعرض القانون بشأنها إلى طرق الإثبات التى يطبقها القاضى على الوقائع المعروضة عليه . ولذلك يتعين إعمال المادة ٢٨٠ من اللائحة والأخذ بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة - عند عدم وجود نص فى قوانين الأحوال الشخصية - فى شأن الاثبات لأن قواعد الأثبات فى المسائل الشرعية ترد إلى مذهبه ، ويعمل بشروطه فى قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل ، أما تلك المتعلقة بإجراءات الدليل ، فإنها تخضع لقواعد قانون المرافعات .

فى تحديد شروط صحة الشهادة يتعين عملا بالمادة ٢٨٠ لائحة الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة التى تقضى بأن يكون الشاهد عالما بالمشهود ذاكرا له وقت الأداء ، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد ، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به ، ولا يكون كذلك الا إذا وضح الشاهد للقاضى ، صاحب الحق ، ومن عليه الحق ، ونفس الحق المشهود به . وعلى هذا إذا شهد الشهود على حاضر بعين حاضرة ، وجب على الشهود - لأجل صحة شهادتهم - أن يشيروا لثلاثة أشياء المدعى ، والمدعى عليه والعين المدعاة ، لأن الغرض التعريف والاشارة أقوى سبل التعريف ، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يذكر أسم المدعى عليه ولا نسبهما لأنه لا يحتاج مع الاشارة الى شىء آخر . فان شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به . (٣) إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة الشخص من يسار أو فقر فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها . أما إذا كانت وقائع الشهادة موضوع التحقيق تتصل بالمدعى والمدعى عليه ، فيجب أن يكون الشاهد عالما بهما .

الحق والدعوى به - فى مسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية - تحكمه نصوص اللائحة الشرعية وأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وما وردت بشأنه قواعد خاصة فى قوانينها (٤)

---

(٣) طعن ٢١ / ٣٨ ق س ٢٣ ص ١٢٧٧ .
(٤) طعن ٢٠ / ٣٤ ق س ١٧ ص ٧٨٤ .

يجب الا يخالف الحكم الصادر فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية نصا من القرآن أو السنة أو يخالف الاجماع والإ كان باطلا . وقد قضى بأن الحكم المتعلق بمسأله من مسائل الأحوال الشخصية باعتباره دليلا يخضع من ناحية صحته وقوته وأثره القانونى لأحكـــام الشريعة الأســـلامية ، ومقتضاها أنه إذا خــــالف الحكم نصا من القـــرآن أو السنة أو خالف الإجمـاع فإنه يبطل ، وإذا عرض على من أصـــدره أبطله وإذا عرض على غيـــــره أهدره ولم يعمله ، لأنـــه لا يحـــوز قوة الأمر المقضى إلا إذا اتصـــل به قضاء فى محـــل مجتهد فيه . (٥)

مسائل الأحوال الشخصية -- وهى مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية للشخص والتى رتب القانون عليها أثرا فى حياته الاجتماعية لكونه إنسانا ذكرا كان أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا ، وكونه أبا أو أبنا ، وكونه كامل الأهليه أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، وباعتبار أنها تقوم على مراكز قانونية أو حالات أو صفات معينه يرتب عليها القانون أثرا فى حياة الاشخاص الاجتماعية -- فقد أحاطها المشرع بإجراءات وضمانات خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع وبالتالى فإن الأحكام الصادرة فيها تكون لها بهذه المثابة حجية مطلقه قبل الكافة ، وذلك دون التفات لما إذا كانت تلك الأحكام مقررة أو منشئة لما تضمنته من حقوق ، إذ إن الحقيقة القضائية فى مسائل الإحوال الشخصية كالأهلية والزواج والبنوة والإسم والجنسية ، سواء كانت صادرة أيجابا بالقبول أو سلبا بالرفض لا تعدو أن تكون تقـــريرا بمركز قانونى أو حالة أو صفة تتميز فى ذاتهـــا بالوحدة والاطلاق وعدم القابلية للتجزئة وترتب بدورها آثارا من شأنها تحديد وضع الشخص فى المجتمع مما لازمه أن تكون هذه الآثار واحدة ومطلقة وعامة قبل الكافة ومسلما بها منهم (٦) .

(٥) طعن ٢٥٨ / ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٢٤١

(٦) طعن ٢٠٥١ / ٥١ ق س ٣٤ ص ١٥٢٧ .

مادة ٢٨١ – يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإذا تضمن الحكم ثبوت حق لكل من الخصمين على الآخـــر فيما يدعيــه كله أو بعضه جاز الحكم بالمقاصة فى المصاريف أو تخصيصها عليهم بحسب ما تراه المحكمة وتقدره فى حكمها .

□□□

لا يتحمل المحكوم عليه المصاريف على سبيل التعويض عن الضرر الذى لحق المحكوم له من جراء منازعته فيما يدعيه لأن اخفاق الخصم فى دعواه لا يعتبر فى ذاته دليلا على خطئه موجبا لمسئوليته ، وإنما هو يدفعها لأن القانون يلزمه بتحملهـا تحقيقا لمقتضيات العدالة ، فهو يتحملها ولو كان حسن النية فى منازعته ، أو لم يرتكب ما يستوجب الحكم عليه بتعويض ما ولا يتحمل إلا المصاريف الاساسية أى اللازمة قانونا لرفع الدعوى والسير فيها وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للنص أن قاعدة الحكم بمصاريف القضية متبعة فى جميع الشرائع ، ومبناها أن من خسر دعواه إنما كان يطالب أو يدافع بغير حق ، فيجب أن يلزم بما حمل خصمه من مصاريف فى سبيل الوصول إلى حقه ، ولذلك قررت قاعدة وجوب الحكم بالمصاريف على الخصم المحكوم عليه . وتشمل مصاريف الدعوى الرسوم القضائية وأجور الخبراء ومصاريف الشهود وكل ما ينفق رسميا فى إثبات الدعوى مثل مصاريف الانتقال واجر المحاماه » وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للنص أنه « بالنسبة لأجر المحاماه فإنها تقدر بحسب ما يرى القاضى من ضرورة أو عدم ضرورة الالتجاء إلى محام فى القضية وإلى قيمة عمل المحامى فى القضية ولا ينظر إلى مركز المحامى الشخصى ، ولا إلى الاتفاق المعقود بينه وبين موكله .

أنه وإن كانت أتعاب المحاماه تدخل ضمن مصاريف الدعوى التى يحكم بها على من خسرها ، إلا أن مناط القضاء بها لمن كسب الدعوى أن يكون قد أحضر محاميا للمرافعة عنه (٧) .

---

(٧) راجع التطيق على نص المادة ١٨٤ مرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا .

مادة ٢٨٢ – تقبل المعارضة فى تقدير المصاريف من الخصوم بالكيفية والاوضاع المقررة فى المواد ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ من هذه اللائحة (١)

□□□

بينت المادة ٢٨٢ من اللائحة أن للخصوم حق المعارضة في الأمر الصادر بتقدير مصاريف الدعوى إذا كان لهم وجه في هذه المعارضة ، كما إذا خالف الأمر الصادر بتقديرها النسب المقررة في القانون مصاريف لرفع الدعوى . أو قضى الأمر بالمصاريف على غير المحكوم عليه في الدعوى .

احالت المادة ٢٨٢ من اللائحة على المواد ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ منها لبيان كيفية المعارضة والأوضاع المقررة لقبولها . وهذه النصوص جاء النص عليها في الفصل الثامن من الباب الثالث من الكتاب الرابع من اللائحة ، وهي خاصة بأهل الخبرة . وقد نص القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية على الغائها – إلا أن المادة ٢٨٢ سلفة الذكر أحالت عليها في بيان الكيفية والأوضاع المقررة لقبول المعارضة ومن ثم فان المعارضة في تقدير المصاريف تخضع للاجراءات المبينة في قانون المرافعات .

وتقدر مصاريف الدعوى في الحكم إن أمكن ، وإلا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ، ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها . ولا يسرى على هذا الأمر السقوط المقرر في المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات . وقد قضى بأن « يقدر المصاريف رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم أيا كانت المحكمة التى أصدرته . والرسوم القضائية تسقط بالتقادم بمضى خمس سنوات . وإعلان قائمة الرسوم قاطع للتقادم المسقط لها .

---

(١) مادة ٢٣٦ – تقبل المعارضة في تقدير الاجرة من الخصوم وأهل الخبرة في الإيام الثلاثة التالية لاعلان الأمر بتقديرها وتكون بعريضة تقدم لرئيس المحكمة أو القاضى الجزئى ويترتب عليها ايقاف تنفيذ الأمر المذكور .

مادة – ٢٣٧ – ترفع المعارضة الى المحكمة المختصة وعلى كاتبها أن يكلف الخصوم وأهل الخبرة بالحضور أمامها لنظرها فى الميعاد الذى يحدد لذلك .

مادة – ٢٣٨ – إذا لم يحضر الخصوم أو احدهما أمام المحكمة لنظر المعارضة بعد تكليفهم بذلك فصلت فيها ويكون فصلها نهائيا .

ويجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر ، ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقـــدير ، أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصـــدرت الحكم وذلك ، خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر ، ويحدد المحضر أو قلم الكتاب على حسب الأحوال اليوم الذى ينظر فيه التظلم أمام المحكمة فى غرفة المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام . وقد قضى بأن المعارضة فى قائمة الرسوم هى منازعة فى مقدار الرسم ، ولا تعتبر منازعة فى أساس الالتزام .

أمر تقدير الرسوم القضائية هو بمثابة حكم بالدين يصير نهائياً باستنفاد طرق الطعن فيه أو بفواتها .

الحكم الذى يصدر فى المعارضة يكون حضوريا ومن ثم يتعين اعلان الخصوم وإعادة اعلانهم طبقا للمادة ٨٤ مرافعات ويسرى على حضورهم حكم المادة المادة ٨٢ مرافعات .

المعـــارضة فى أمر تقدير المصاريف يترتب عليها إيقاف تنفيذ الأمر المعـــارض فيه .

إذا لم تتم المعارضة خلال مدة الثمانية أيام المقررة كانت المعارضة غير مقبولة ، ويقضى فيها على هذا الأساس .

الفصل الثانى

فى الأحكام الغيابية

مادة - ٢٨٣ إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه ، بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له ، تسمع الدعوى وأدلتها ، ويحكم فى غيبته ، بدون إعذار ، ولا نصب وكيل .

□□□

المقصود بالغياب طبقا لحكم المادة ٢٨٣ من اللائحة الشرعية هو تخلف المدعى عليه عن حضور جميع الجلسات التى تنظر فيها الدعوى ، سواء بنفسه أو بوكيل عنه ، حتى لو أرسل للمحكمة مذكرة بدفاعه أو طلباته . ويكون المدعى عليه غائبا أيضا إذا حضر أمام المحكمة ثم غاب بعد ذلك دون الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بالانكار . مادة ٢٨٦ لائحة . وقد قضى بأن حضور الخصم مجلس القضاء من غير أن توجه إليه الدعوى ويسأل عنها ثم تقام الأدلة فى مواجهة ويسأل رأيه فيها لا يسوغ اعتبار الحكم الصادر عليه حضوريا (١) كما قضى بأنه وإن كانت الشهادة على الدعوى قد سمعت أولا فى مواجهة المستأنف إلا أن الهيئة التى سمعتها لم تحكم فى الدعوى بل حكمت فيها هيئة أخرى أعادت سماع البينة فى غيبته . ومن حيث إن هذه الشهادة التى بنى عليها الحكم المعارض فيه هى الشهادة التى سمعتها الهيئة التى أصدرت الحكم - وهى شهاد غير التى سمعها المستأنف - لا الشهادة التى سمعتها الهيئة السابقة فإن الحكم المعارض فيه يكون قد صدر غيابيا لبنائه على بينة سمعت فى غيبة المحكوم عليه ، ويكون من حقه أن يعارض فيه (٢) - باعتباره حكما صادرا فى الغيبة .

---

(١) ق ٢٦١ / ١٩٣٤ ك أحوال مستأنف مصر مبادىء القضاء ص ٤٦٠ .
(٢) ق ١١ / ١٩٤٦ المحكمة العليا الشرعية ج ٢٨ / ١ / ٤٧ م ش ١٨ / ٢٠ .

غياب المدعى عليه لا يمنع من الحكم عليه بعد سماع الدعوى وأدلتها بدون حاجة إلى اعذاره . فإذا تحققت المحكمة من صحة الدعوى وأدلتها قضت للمدعى بطلباته أو ما صح منها . أما إذا تبين للمحكمة أن طلبات المدعى لا أساس لها تحكم برفض دعواه أو عدم قبولها . وغياب المدعى عليه لا يمنع المحكمة من إجراءات التحقيق أو ندب خبير فى الدعوى توصلا للكشف عن الحقيقة فيها ، لأن غياب المدعى عليه عن الحضور لا يعتبر تسليما منه بطلبات المدعى ، ولا قرينة منه على اعترافه بالحق المطالب به ، لأن تخلفه عن الحضور قد يكون بسبب له وجاهته يمنع من المثول أمام المحكمة فى الموعد المحدد . ولذلك اشترط النص أن يكون عدم حضور المدعى عليه - بعد إعلانه - الأمر الذى يتعين معه على المحكمة أن تتحقق من صحة الإعلان . فى الميعاد الذى حدده المدعى فى صحيفة دعواه . مادة ٢٨٣ لائحة .

إعلان الورقة معناه تسليم صورة منها للمعلن اليه بالطريق الذى رسمه القانون والغرض منه أن يعلم الشخص بمضمون الورقة . ويلزم لصحة الإعلان أن تسلم صورة للمعلن اليه ليرجع إليها كلما لزم الأمر ، ويثبت ذلك بتوقيع من تسلم اليه الصورة على أصلها أو ذكر سبب امتناعه عن التوقيع . ولذلك يرد الأصل إلى المعلن كدليل على حصول الأعلان .

لا يشترط لصحة الإعلان أن يعلم الشخص فعلا بما تضمنته الورقة مادامت قد سلمت بالطريق الذى رسمه القانون ، وتسليم صورة الإعلان بهذا الطريق يعتبر قرينة قانونية قاطعة على علم المعلن إليه بما تضمنته هذه الصورة وينبنى على ذلك أن الإعلان يعتبر صحيحا بمجرد تسليم صورة الورقة على النحو المبين بالقانون .

الأصل أن الإعلان يجوز إما لشخص المعلن اليه أو فى موطنه ، والخيار بين الطريقتين للمحضر الذى يباشر الإعلان . وخروجا على هذا الأصل أوجب المشرع فى بعض الحالات أن يكون الإعلان لشخص المعلن اليه كما هو الحال بالنسبة لإعلان صحائف الدعاوى المستعجلة التى قصر ميعاد الحضور فيها يجعله من ساعة إلى ساعة (مادة ٦٦ مرافعات)

الإعلان لشخص المعلن إليه جائز فى أى مكان يوجد فيه وقت الإعلان سواء وجد فى موطنه أو فى مكان آخر . أما الإعلان فى الموطن فجائز أصلا مالم ينص القانون على ضرورة الإعلان لشخص المعلن اليه . وقد حددت المواد من ٢١ إلى ٢٣ لائحة محل الإقامة الذى يتم الإعلان فيه .

إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته ، أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار (مادة ١٠ / ٢ مرافعات)

إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن الاستلام ، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت الى جهة الادارة . (مادة ١١ مرافعات)

المقصود بالإعلان الوارد في المادة ٢٨٣ أن يتم في محل إقامة الشخص الذي وجه إليه الإعلان ، وذلك على التحديد الوارد في المادة ٢٠ لائحة أو محل وجوده بالمعنى الوارد في المادتين ٢٢ ، ٢٣ لائحة . وقد قضي بأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه لا تعرف الموطن المختار المحدد في المادة العاشرة من قانون المرافعات . ذلك أن القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية إذ الغى بعض مواد تلك اللائحة استبقى مواد الباب الرابع من الكتاب الثالث في اختصاص المحاكم بالنسبة لمحل الإقامة ومحل العقار وما اشتمل عليه من أحكام خاصة بمحل الإقامة ومحل الوجود ، ونص في مادته الخامسة على ان تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمحاكم الملية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين المكملة لها . فقد دل على أنه أراد أن يبقى موطن الشخص المراد إعلانه محكوماً بذات القواعد التي كانت تحكمه قبل الغاء هذه المحاكم لا بقواعد أخرى من قانون المرافعات . كما دل على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تزال هي الأصل الأصيل الذي يجب التزامه ، ويتعين الرجوع اليه في التعرف على محل إقامة الشخص أو محل وجوده وضوابطه - إذا كان ذلك وكانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرف تسليم صورة الإعلان في الموطن المختار ولم تنص عليه ، فإنه يتعين الالتفات عن الإعلان الذي يتم في الموطن المختار للمعلن اليه .

إذا حكمت المحكمة في غيبة المدعى عليه – الذي صح إعلانه قانوناً – كان لها أن تأخذ بالدفوع الموضوعية التي في مصلحة الغائب ، كعدم استحقاق المدعي

لطلباته الواردة بصحيفة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفضها ، ولها أن تقضى فى كل دفع يتعلق بالنظام العام كعدم اختصاص المحكمة ولائيا أو قيميا بنظر الدعوى . وكذلك كل دفع جعل القانون للمحكمة الحق فى أن تقضى فيه من تلقاء نفسها كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى إذا كانت غير موقعة من محام فى الحالات التى اشترط القانون توقيع محام عليها .

مادة - ٢٨٤ - لا يصح التمسك بالحكم أو القرار الصادر فى حال الغيبة إلا بعد ارفضاض الجلسة التى صدر فيها .

□□□

الحكم الغيابى لا يعتبر حقا للخصم الذى صدر لمصلحته إلا بعد انتهاء الجلسة فقد جرى عمل المحاكم الشرعيه على أنه متى صدر حكم أو قرار فى حال الغيبة ثم حضر المحكوم عليه فى الجلسة التى صدر فيها وطلب إعادة القضية إلى الجدول لا يجاب إلى طلبه مع أنه لا يعد غائبا عن الجلسة بل متأخراً عن ميعاد الحضور فقط ، وبدلا من الجائه إلى طرق الطعن يعتبر حاضرا ، ويعاد نظر الدعوى ، فلا يعتبر الحكم الغيابى حقا مكتسب لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة . وعلى هذه القاعدة يسقط الحكم الصادر فى الغيبة متى حضر الغائب قبل انتهاء الجلسة ويعتبر كأنه لم يكن ، ويعاد نظر الدعوى فى نفس الجلسة ، فإن كان الخصم الآخر قد غادر المحكمة يجب تأجيل القضية واعلانه بذلك من قبل الخصم الذى حضر أخيراً (المذكرة الايضاحية) .

المادة ٢٨٤ من اللائحة خاصة بالأحكام والقرارات التى تصدر فى الدعاوى القضائية ، أى فى نزاع بين خصمين - مدع ومدعى عليه - كما هو واضح من ورودها فى الفصل الثانى من الباب الرابع الخاص بالأحكام بناء على قاعدة قانونية متفق عليها ، وهى أن الحكم الغيابى لا يعتبر حقا مكتسبا لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة ، ويسقط من تلقاء نفسه متى حضر الخصم الغائب قبل انتهائها ، وتعتبر كان لم يكن (٣)

---

(٣) ق ٢٣٤ / ٤٩ العليا الشرعية ج ٢١ / ١ / ١٩٥٠ .

نص المادة ٢٨٤ عام يشمل جميع الأحكام التى تصدر فى غيبة المحكوم عليه سواء منها ما صدر بعد إثبات الدعوى فى مواجهة المدعى عليه أو إقراره بواقائعها وما صدر بعد إثباتها فى غيبته . وكون الحكم يعتبر غيابيا أو حضوريا لا يغير من هذه الحقيقة وهو أنه صدر فى حال الغيبة ، وعليه يكون الحكم الذى اعتبر كأن لم يكن لإعادة القضية إلى الرول لا وجود له ، وقد زال أثره فلا يجوز استئنافه (٤)

ومما لا شك فيه أن الجلسة هى التى تبتدئ من وقت افتتاحها بنظر جميع الدعاوى المعروضة فيها ، وليس المراد بالجلسة الوقت الذى نظرت فيه قضية الخصم الذى غاب ، ويؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الايضاحية من أن الخصم الذى يكون غائبا حال صدور الحكم لا يعد غائبا عن الجلسة ، بل متأخرا فقط عن ميعاد الحضور ، ولا يعتبر غائبا إلا بعد انتهاء الجلسة .

(٤) ق ٢٧٨ / ٤٠ س ك مصر مبادىء القضاء ص ٤٦٢ .

الفصل الثالث

فى الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك

مادة – ٢٨٥ الأحكام الحضورية هى التى تصدر فى غير الأحوال المبينة فى الفصل السابق .

□□□

حددت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أوصاف الأحكام فى ثلاثة حضورية ومعتبره حضورية ، وغيابية .

الحكم الحضورى هو الذى يسبقه تبادل الخصمين المدافعة فى الدعوى إلى أن تتم المداولة فيها ، ولا عبرة بالنطق بالحكم . فقد يكون الخصوم كلهم أو بعضهم غير موجودين وقت النطق بالحكم ، ومع ذلك يكون حضوريا ، ويقع هذا حال تأجيل المحكمة النطق بالحكم إلى آخر الجلسة التى تمت فيها المرافعة أو إلى جلسة أخرى من الجلسات المقبلة . وقد قضى بأن الحكم يكون حضوريا إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه (٥) وأن الأصل فى وصف الحكم بأنه حضورى أو غيابى هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة أو كان الواقع فى الدعوى أنه بعد أن سمعت محكمة أول درجة بينة المطعون عليها مثل الطاعن أمامها بوكيل عنه وطلب أجلا للاطلاع فأجابته إلى ذلك ثم حضر بالجلسة التالية التى قررت فيها المحكمة حجز الدعوى للحكم فيها ، فيكون ما تم من إجراءات لسماع الدعوى وأدلتها حاصلا فى مواجهة الطاعن ، ويكون الحكم فيها حضوريا فى حقه .

ومؤدى ذلك أن وصف الحكم بأنه حضورى لا يتوقف على قيام المدعى عليه بالرد على الدعوى بقول أو فعل ايجابى ، وانما يكفى أن تكون أدلة الدعوى قد طرحت فى مواجهة وأتيحت له فرصة الرد عليها سواء مارس هذه الرخصة أو سكت عنها .

---

(٥) طعن ١٦ /٥٢ ق (٢١ / ٢ / ١٩٨٤) لم ينشر بعد، ٦١/ ٥٦ ق جلسه ٢٩ /٣ /١٩٨٨

الحكم المعتبر حضوريا : وصورته هى الواردة فى المادة ٢٨٦ من اللائحة وهى التخلف بعد الثبوت عقب الإنكار أو بعد الجواب عن الدعوى بالاقرار . وقد قضى بأنه تبين أن المحكمة سمعت شهادة الشهود الذين بنى الحكم المستأنف على شهادتهم وفى مواجهة وكيل المستأنف ، وأجلت القضية لإبداء الملاحظات عليهم وعلى شهادتهم فيعتبر الحكم الصادر فى هذه الحالة حضوريا طبقا للماده ٢٨٦ لائحة ولا عبرة بوصف الحكم له بأنه غيابى إذ العبرة فى وصف الحكم بأنه حضورى أو معتبر كذلك أو غيابى طبقا للقانون إنما يرجع للواقع الذى يتعرف من محاضر القضية . (٦)

إذا غـــاب المدعى عليه بعد قيام الدليل فى وجهه وجب اعتبار الحكم حضوريا (٧)

الحكم الغيابى . قد يكون الحكم غيابيا مطلقا أو بعد سبق الحضور . والأول معناه أن المدعى عليه لم يحضر بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه إعلانا صحيحا فى الميعاد الذى حدد له . والثانى معناه أن يكون المدعى عليه قد حضر ولم يجب عن الدعوى ولم تثبت فى حضوره (٨)

مادة - ٢٨٦ - إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية ، حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادرا فى مواجهة الخصوم .

وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار

□□□

لجواب عن الدعوى يكون بعد أن يفرغ القاضى من كلام المدعى ، حتى لم يبق عنـــده فيه اشكال ولا احتمال ، حينئذ يأمر القاضى المدعى عليه بالجواب عن الدعوى .

---

(٦) ق ٤٥ / ٣٧ العليا الشرعية مبادىء القضاء ص ٤٥٩ .

(٧) قمحة وعبد الفتاح السيد .

(٨) لقد آن الاوان لأن يتدخل المشرع لإلغاء المواد الخاصة بالغياب فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والاخذ بما ورد فى قانون المرافعات من إعلان المدعى عليه واعادة إعلانه ليكون الحكم حضوريا أو معتبرا كذلك ، فيقضى بذلك على التلاعب فى الحضور أمام المحاكم الشرعية فى مواد الأسرة التى يفترض فيها السرعة ، وليقضى بذلك أيضا على الإحكام الواردة فى باب المعارضة فى الأحكام الغيابية .

الجواب عن الدعوى يكون : إما بالاقرار ، أو الإنكار ، أو الامتناع .

١ – **الإقرار بالدعوى** : إذا أقر المدعى عليه بطلبات المدعى حكم القاضى بهذه الطلبات ، طبقا لإقرار المدعى عليه لأنه يعامل بإقراره لظهور صدق الدعوى بهذا الإقرار .

٢ – **انكار الدعوى** : أن ينكر المدعى عليه طلبات المدعى . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون الانكار صريحا . فإذا صرح المدعى عليه بإنكار طلبات المدعى ، طلب القاضى من المدعى بينته على ما يدعيه ، فإن أتى بها . وقبلها القاضى حكم له على أساسها باعتبارها حجة قوية . أما إذا قال المدعى لا بينة لى ، يقول له القاضى لك يمينه ، وأصل ذلك ما روى أن حضرميا وكِنْدِياً اختصما فى شىء بين يدى رسول الله ﴿ﷺ﴾ فقال للمدعى منهما ، ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال الرسول ، لك يمينه وليس لك غير ذلك . إما إذا سكت المدعى عليه – دون عذر مقبول – ولم يجب ، بلا أو نعم ، اعتبره القاضى منكرا .

٣ – **الامتناع** – من الإقرار أو الانكار – كأن يقول المدعى عليه لا أقر طلبات المدعى ولا أنكرها . فى هذه الحالة يرى أبو حنيفة أن المدعى عليه لا يستحلف ، لأن اليمين إنما توجه شرعا على المنكر ، وقد صرح المدعى عليه بأنه غير منكر فلا يمكن تحليف ، ولكن يطلب منه القاضى أن يصدق المدعى فى دعواه أو أن يصرح بالإنكار ، فإن أصر بعد ذلك على إمتناعه كان جانيا لترك طاعة ولى الأمر فيؤدبه القاضى بالحبس .

يرى الصاحبان : أنه يستحلف لأن كلاميه تعارضا فتساقطا ، فكان ساكتا ، والسكوت يكون نكولا حكميا فينزل منزلة النكول الحقيقى (٩) الذى هو بدل الإقرار .

حصر القانون الاحكام المعتبرة حضورية فى ثلاثة :

١ – أن يغيب المدعى عليه بعد جوابه عن الدعوى بالاعتراف ، بأن يقر للمدعى بطلباته ، فى هذه الحالة يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حضوريا . أما إذا حضر المدعى عليه ، ولم يجب على الدعوى ، أو أجاب عليها بغير الإقرار

(٩) معين الأحكام ص ٦٥ .

بطلبات المدعى ، فإن الحكم الذى يصدر فيها لا يعتبر حضوريا ، ويكون حكما غيابيا لأن الدعوى لم تثبت فى مواجهته .

٢ – أن يغيب المدعى عليه بعد إنكاره الدعوى ، وثبوتها فى مواجهته بالطرق الشرعية . فى هذه الحالة يعتبر الحكم صادرا فى مواجهته . أما إذا غـاب المدعى عليه بعد الإنكار ، وقبل ثبوت الدعوى فى مواجهته بالطرق الشرعية ، فإن الحكم لا يعتبر حضوريا ، وإنما يكون حكما غيابيا .

٣ – هناك حالة من حالات الحكم المعتبر حضوريا نصت عليها المادة ٢٨٧ لائحة ، وهى حالة ما إذا كانت الدعوى على جملة اشخاص ، وحضر بعضهم ، وتخلف البعض ، فإنه يجوز للمدعى أن يطلب الحكم بثبوت الغيبة ، وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعلان ذلك الحكم إلى الغائب ، وتكليفه مرة ثانية بالحضور ، وبعد ذلك إن تخلف أحد فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا تقبل المعارضـة فيه . ولما كان الحكم المعتبر حضوريا لا يفترق عن الحـكم الغيابى إلا فى حالة واحدة هى عدم جواز الطعن على الأول منهما بالمعارضة . فإن الحكم الذى يصدر بالتطبيق لحكم المادة ٢٨٧ لائحة على أحد المدعى عليهم الغائب يعتبر حكما حضوريا . وقد بينت المذكرة الإيضاحية للنص أن مبنى القاعدة الواردة به – وهى قاعدة ثبوت الغيبة – إعادة إعلان الغائبين عن الجلسة وتكليفهم مرة ثانية بالحضور فإن تخلفوا بعد ذلك يعتبر الحكم حضوريا بالنسبة لهم لا تجوز المعارضة فيه من قبلهم ، تفاديا لتضارب الأحكام إذ قد يصدر حكم يكون حضوريا بالنسبة للحاضرين ، وغيابيا بالنسبة للغائبين ، فيعارض أحد الغائبين فيحكم فى معارضته ثم يعارض أخر فيحكم فى معارضته وقد تتعارض الأحكام الثلاثة فيما تقضى به تبعا للأدلة والدفوع المقدمة من الخصوم فيها مع أنها صادرة فى موضوع واحد .

الغياب بعد إثبات الدعوى أو الإقرار بها – الذى يترتب عليه أثره – وهو جعل الحكم كأنه صدر فى مواجهة الخصم ، هو الغياب عن الجلسة المحددة لنظر القضية فالغياب عن الجلسة المحددة للنطق بالحكم لا يعتبر كذلك ، وكذلك الغياب عن الجلسة المحددة ليقدم الخبير تقريره .

والعبرة فى وصف الحكم بأنه حضورى أو معتبر كذلك ، أو غيابى طبقا للقانون إنما هو بالواقع الذى يتعرف عليه من محاضر جلسات الدعوى . فإذا سمعت المحكمة شهادة الشهود ، والذين بنى الحكم على شهادتهم فى مواجهة

وكيل المدعى عليه ، ثم أجلت الدعوى لإبداء الملاحظات على شهادة الشهود ، فيعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حضوريا طبقا للمادة ٢٨٦ ولا عبرة لوصف الحكم له بأنه غيابى لغياب المحكوم عليه عن جلسة ابداء الملاحظات . (١٠)

الحكم الذى تصدره المحكمة – فى موضوع الدعوى – بالتطبيق لنص المادة ٢٨٦ لائحة يعتبر حضوريا بنص القانون رغم غياب المدعى عليه ، وعلى ذلك لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة ، وإنما يجوز استئنافه إن كان قابلا للطعن عليه بهذا الطريق . وقد قضى بأن الحكم المعتبر حضوريا لا يفترق عن الحكم الغيابى إلا فى حالة واحدة ، وهى عدم جواز المعارضة فيه . وفيما عدا ذلك فإنه يكون حكما غيابيا من كل وجـه ، فلا يصح التمسك به قبل انقضاض الجلسة التى صدر فيها ، ولا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من تاريخ إعلان صورته الغيابية (١١)

إذا حضر الخصم مجلس القضاء ولم توجه اليه الدعوى ، ويسأل عنها ، ثم تقام الأدلة فى مواجهته ، ويسأل رأيه فيها ، فلا يسوغ اعتبار الحكم الصادر فى الدعوى حضوريا . وعلى هذا الاساس إذا كان المعارض لم يمثله احد فى الخصومة ولم تسمع أدلة الدعوى فى مواجهته ولا فى مواجهة من يمثله ، ثم أصـــدرت المحكمة الجزئية حكمها فى الدعـــوى معتبرا حضوريا على اساس أن وكيل المدعى عليه كان حاضـــرا ، وقت صدور الحكم ، فـــإن الحكم يكون غيـر صحيح .

مادة – ٢٨٧ إذا كانت الدعوى على جـملة أشخاص ، وحضر بعضهم وتخلف البعض جاز للمدعى أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت الغيبة ، وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعـلان ذلك الحكم إلى الغائب وتكليفه مرة ثانية بالحضور ، وبعد ذلك إن تخلف أحد فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا تقبل المعارضة منه .

□□□

قاعدة ثبوت الغيبة – كما تقول المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية – قاعدة جديدة مقررة فى الشرائع الحديثة ، تطبق فى حالة تعدد المدعى عليهم ، وحضور

---

(١٠) ق ٤٥ / ٤٧ العليـا الشرعية ٢٦ / ٤ / ١٩٤١

(١١) « ٤٧٨ / ٤٠ ق .س ك مصر ٢ / ٣ / ١٩٤١ .

بعضهم وتغيب البعض الآخر . ومبناها إعادة إعلان الغائبين عن الجلسة وتكليفهم بالحضور مرة ثانية ، فإن تخلفوا بعد ذلك يعتبر الحكم حضوريا بالنسبة لهم لا تجوز المعارضة فيه من قبلهم . وفائدة هذا النظام تفادى تضارب الأحكام ، إذ قد يصدر حكم يكون حضوريا بالنسبة للحاضرين ، وغابيا بالنسبة للغائبين ، فيعارض أحد الغائبين فيحكم فى معارضته ثم يعارض آخر ، فيحكم فى معارضته ، وقد تتعارض الأحكام الثلاثه فيما تقضى به تبعا للادلة والدفوع المقدمة من الخصوم فيها مع أنها صادرة فى موضوع واحد .

ولنظام إثبات الغيبة شرط أساسي مستفاد من نفس القاعدة ، ومن حكمتها ، وهو أن يكون الحكم الذى سيصدر فى الدعوى قابلا للمعارضة ، إذ لا فائدة من إثبات الغيبة ، إذا كانت المعارضة أصلا غير جائزة ، كما إذا كانت الدعوى هى قضية معارضة .

واجراءات اثبات الغيبة تنحصر فى اصدار حكم بإثبات غيبة الغائبين واعلانهم بهذا الحكم مع تكليفهم بالحضور للجلسة ، ويبين فيه أنهم إن تأخروا يعتبر الحكم حضوريا بالنسبة لهم .

إذا كان المدعى عليهم جملة اشخاص وتخلفوا جميعا عن الحضور سمعت المحكمة الدعوى وأدلتها وحكمت فى غيبتهم بدون إعذار ولا نصب وكيل عملا بالمادة ٢٨٣ لائحة ولا يجوز للمدعى أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت غيبة المدعى عليهم . كما لا يجوز له أن يطلب إعذار المدعى عليهم بأن الحكم الذى سيصدر فى الدعوى بعد ذلك يعتبر فى حقهم حضوريا .أن الحكم الذى سيصدر يكون غيابيا بالنسبة لجميع المدعى عليهم ، ولا تثور صعوبة فى المعارضة فيه .

إذا كان المدعى عليهم جملة اشخاص وحضر بعضهم وتخلف البعض الآخر ، فى هذه الحالة يجوز للمدعى أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت الغيبة ، وتأجيل الدعوى إلى ميعاد آخر يمكن فيه إعلان الحكم بثبوت الغيبة إلى الغائب ، فإذا طلب المدعى ذلك تعين على المحكمة إجابته لأنها لا تملك فى هذه الحالة أن تحكم فى موضوع الدعوى أو تتعرض له فى الجلسة الأولى التى حضر فيها بعض المدعى عليهم دون البعض الآخر . إذ الحكم فى هذه الحالة يكون حضوريا بالنسبة لمن حضر منهم ، وغيابيا بالنسبة لمن تخلف ، ويكون الحكم الأول منتجا لكل آثار الحكم الحضورى بينما الحكم الثانى يكون منتجا لكل آثار الحكم الغيابى ، ويكون قابلا للطعن فيه بالمعارضة ، وتكون محكمة المعارضة – وهى المحكمة التى أصدرت الحكم – أمام أمرين لا مفر من اتباع أحدهما ، إما أن تلغى الحكم المعارض فيه أو تعدله ، وإما أن تقضى برفض المعارضة حسب

الدليل الذى يقدمه المعارض ، وبالنسبة له فقط ، وفى حالة الغاء الحكم أو تعديله بالنسبة للمعارض ، يبقى نافذا بالنسبة للخصوم الآخرين الذين صدر الحكم حضوريا بالنسبة لهم . وفى هذا من المنافاة للعدالة ما فيه لعدم المساواة بين الخصوم مع اتحاد الموضوع والسبب . كما أنه فى حالة رفض المعارضة قد تركن المحكمة إلى وجاهة الدفاع تفاويا لتضارب الأحكام ، وفى هذا إخلال بقواعد العدالة كما أن حرمان الغائب من الخصوم من حق المعارضة فى الحكم الصادر ضده افتئات على حقوق الدفاع وعدم المساواة بين من اختصم وحده ، ومن اختصم مع غيره . وهذه أمور يتنزه المشرع عن القصد إليها . ولذلك وضعت المادة ٢٨٦ لائحة قاعدة إثبات الغيبة لتفادى التضارب السابق ، وحتى يحصل المدعى على حكم يعتبر حضوريا رغم تخلف بعض المدعى عليهم وقد يصر بعضهم على عدم الحضور ، فجعل القانون الحكم بإثبات الغيبة ، وتأجيل الدعوى لإعلان ذلك الحكم إلى الغائب وتكليفه مرة ثانية بالحضور ، حتى يضمن عدم تناقض الأحكام فى موضوع واحد نتيجة قابليتها للطعن فيها بالمعارضة من جانب من الخصوم دون الجانب الآخر .

يشترط لطلب الحكم بإثبات الغيبة ما يأتى :

١ - أن يتعدد المدعى عليهم ، ويحضر بعضهم ويتخلف البعض الآخر . فإذا تخلفوا جميعا فلا محل لطلب الحكم بثبوت الغيبة لانتفاء الحكمة من صدور هذا الحكم إذ يكون للمحكمة أن تقضى فى الدعوى رغم تخلف المدعى عليهم جميعا إذا كانوا قد اعلنوا اعلانا صحيحا .

٢ - أن يكون المدعى عليهم الذين تخلفوا عن الحضور خصوما أصليين فى الدعوى ووجهت اليهم نفس الطلبات الموجة للحاضر من المدعى عليهم ، وأن الحكم الصادر فى الدعوى سيلزمهم بهذه الطلبات . أما إذا كان المدعى عليهم الذين تخلفوا عن الحضور قد اختصموا ليتخذ إجراء معين فى مواجهتهم فلا محل لجواز طلب المدعى الحكم بإثبات غيبتهم . كما أنه لا يجوز للمدعى أن يطلب الحكم بإثبات الغيبة إذا كانت الطلبات الموجهة للمدعى عليهم الذى تخلفوا عن الحضور غير الطلبات التى وجهت للحاضرين منهم ، وأنهم قد اختصموا فى الدعوى اختصارا للوقت أو توفير للمصاريف .

٣ - أن يكون الحكم الذى سيصدر فى الدعوى قابلا للمعارضة ، إذ لا فائدة من اثبات الغيبة إذا كانت المعارضة أصلاً غير جائزة .

مادة – ٢٨٨ إذا لم يكن الخصوم حاضرين وقت النطق بالحكم ، لا تشطب المحكمة القضية ، وتقرر ما يقتضيه الحكم الشرعي فيها .

□□□

إذا لم يحضر الخصوم – المدعي والمدعى عليه – في الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو حضر المدعى عليه وحـــده ، ولم يبد طلبات ما ، قررت المحكمة شطب الدعوى ، أي استبعـــاد القضية من جدول – رول – الدعـاوى التي تنظرها المحكمة .

ويتعين على المحكمة أن تقرر بشطب الدعوى . متى تخلف المدعي والمدعى عليه في الجلســة الأول أو أي جلسة أخرى من الجلســات التي تنظر فيها الدعوى ، بشرط إلا تكون الدعوى صالحة للحكم فيها – رغم غياب طرفيها . وقد قضى بأن المشرع أورد قاعدة مستحدثة ، مقتضاها أنه إذا تغيب المدعي والمدعى عليه ، وجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى – إذا كانت صالحة للحكم فيها – طالما أبدى الخصوم أقوالهم وإلا قررت شطبها . وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها ، إذا أدلى الخصوم بأقوالهم ، حددوا طلباتهم وأوضحوا دفاعهم . مما مفاده أن للمحكمة السلطة في نظر الدعوى والفصل فيها عند غياب المدعي أو – المستأنف – وتخلفه عن الحضور بالجلسة المحددة لنظر دعواه سواء كانت هي الجلسة الأولى أم كانت من الجلسات التالية ، متى تبينت أنها صالحة للفصل فيها . ولم يوجب الشارع في هذه الحالة إعلان المدعي الغائب بالطلبات وتكليفه الحضور إلا إذا أبدى المدعى عليه طلبا عارضا (١٢)

شطب الدعوى لا يؤثر على الخصومة في ذاتها ، إذ تبقى الخصومة بين طرفيها رغم قرار المحكمة بشطبها . وبقاء الخصومة يظل منتجا لآثارها ، ويصح للمدعي أن يجدد السير فيها ، مادام لم يمضي ستون يوما على شطبها (مادة ٨٢ مرافعات) إما إذا انقضت هذه المدة اعتبرت الدعوى كأن لم تكن ، ويترتب على ذلك الغاء ما اتخذ من إجراءات ، وزوال الخصومة . ولا يملك المدعي السير في الخصومة إلا برفع دعوى من جديد .

---

(١٢) طعن ٦٥٨ / ٤١ ق س ٢٧ ص ١١٢٣ .

وشطب الدعوى يقوم على افتراض أن الخصوم تصالحوا على الحق المتنازع عليه ، أو تركوا الخصومة فيه ، ولذلك لا يجوز للمحكمة أن تتعرض للفصل فى موضوع خصومة تخلف مدعيها عن الحضور – سواء بإرادته أم بتقصيره – ولم يحضر المدعى عليه ليتمسك بحقه فى الفصل فى الخصومة ، أو حضر ولم يبد طلبات فيهـــا .

منعت المادة ٢٨٨ لائحة شطب الدعوى إذا لم يحضر الخصوم جلسة النطق بالحكم فيها ، لأن بانتهاء الجلسة الختامية للمرافقة فى النزاع القائم بين الطرفين ، ينتهى فيها السير فى الدعوى ، ويستقر وضعها ، وتنحصر بذلك فى نطـاق وصف الحكم بالحضورى ، فتأخذ القضية مكـــانها لا تبرحه ولا تنفصــل عنه . وقد قضى بأنه إذا انعقدت الخصومة أمام المحكمة واستوفى كل خصم دفاعه وحجزت الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها ، ولم يبق لهم اتصال بها إلا بالقدر الذى تصرح به المحكمة وتصبح الخصومة فى هذه المرحلة – مرحلة المداولة وإصدار الحكم – بين يدى المحكمة لبحثها والمداولة فيها ، ويمتنع على الخصوم إبـداء أى دفاع ، كما يمتنع الاستمـــاع إلى أى منهم فى غيبـــة الآخـــر (١٣)

---

(١٣) طعن ٣٧٠ / ٣٦ ق س ٢٥ ص ١٢ وطعن ١١٦٦ / ٤٧ ق س ٣١ ص ٥٤٤ .

الباب الخامس

فى طرق الطعن فى الأحكام

مادة – ٢٨٩ طرق الطعن فى الأحكام هى المعارضة والاستئناف والتماس إعادة النظر وطلب التفسير .

□□□

الأحكام التى تصدر من المحاكم فى الخصومات ، هى من عمل القضاة ، وهم بشر ، وعملهم ليس معصوما من الخطأ أو النسيان . كما أن الشك قد يثور حول صحة الحكم ، أو تعبيره عن الحقيقة . ولذلك أجازت اللائحة الشرعية للخصوم أن يطعنوا على الأحكام بطرق الطعن المحددة فى القانون حتى يمكن عرض النزاع من جديد على قضاة أكثر عددا من الذين حكموا فى النزاع ، وأقدم منهم فى ممارسة العمل القانونى ، كما أنهم أكثر خبرة فى البحث عن الحقيقة القانونية ، وفى ذلك طمأنينة للخصوم ليتمكنوا من الوصول لإصلاح الحكم أو الغائه .

حدد القانون طرق الطعن فى الأحكام – بالمعارضة أو الاستئناف أو التماس إعادة النظر والطعن بطريق النقض (١) . وقد سميت المعارضة والاستئناف بطرق الطعن العادية ، وسمى التماس إعادة النظر والطعن بطريق النقض بطرق الطعن غير العادية . وهذه الطرق المقررة للطعن على الأحكام قد يقصد بها الخصم العدول عن الحكم أو الغائه وهذا الطريق هو المعارضة والالتماس وقد يراد من الطعن إصلاح الحكم أو تعديله أو نقضه ، وهده الطرق هى الاستئناف والنقض .

---

(١) نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٨ / ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف على أنه « للخصوم وللنيابة العامه الطعن بطريق النقض فى الأحكام والقرارات المشار اليها فى المادة السابقة وذلك طبقا لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية » .

الغى القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الخاصة بالتماس إعادة النظر وطلب تصحيح الحكم أو تفسيره ، وهى المواد من ٣٢٩ إلى ٣٤٠ فيرجع بشأنهما إلى أحكام قانون المرافعات . أما الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم أو القوانين الأخرى المكملة لها فتظل محكومة بتلك القواعد .

المعارضة فى الأحكام الغيابية تقبل فى كل الأحوال مهما كان النزاع زهيد القيمة إلا فى أحوال استثنائية نص القانون عليها صراحة كعدم قبول المعارضة فى الحكم بعد الرضا به كتابة أو قبول تنفيذه بلا ممانعة . الحكم الذى يصدر فى الغيبة بعد المعارضة لا تقبل فيه معارضة مطلقا .

طريق المعارضة يجب سلوكه اولا مادام الحكم غيابيا ، أما الاستئناف فلا يكون إلا بعد استعمال حق المعارضة أو مضى ميعادها .

لا يترتب على المعارضة تبديل فى مركز الخصوم فمن كان مدعيا بقى كذلك ، ومن كان مدعى عليه ظل فى موقفه .

قضت محكمة النقض بأن فقهاء الشريعة الأسلامية لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام وقوة الأمر المقض على إطلاقه ، فقد ورد فى الأشباه والنظائر أنه لا يصح رجوع القاضى عن قضائه ، فلو قال رجعت عن قضائى إذ وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى لم يصح ، والقضاء ماض كما فى الخانية . وقيده فى الخلاصة بما إذا كان من شرائط الصحة ، وفى الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة » إلا إنه بإمعان النظر فى الاستثناءات التى أوردها عليه يتضح بأنها ليست فى الواقع إلا وجوها لإعادة النظر فى النزاع تقابل وجوه الطعن فى الأحكام المقررة فى القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أفردت بابا خاصا لطرق الطعن فيها (٢)

---

(٢) طعن ٤٦ / ٥١ ق . ع ٢٣ / ٣ / ١٩٨٢ .

الفصل الأول

فى المعارضة فى الأحكام الغيابية

المعارضة طريق من طرق الطعن العادية يركن إليها المحكوم عليه غيابيا للوصول إلى الإلغاء أو تعديل الحكم الذى صدر فى غيبته . ويكون التجاء المعارض لنفس المحكمة التى أصدرت الحكم لتسمع دفاعه وتتيح له الفرصة للإدلاء به أمامها ، ويطلب منها مراجعة حكمها وإصلاحه أو تعديله أو إلغائه على ضوء هذا الدفاع (٣)

والمعارضة ترمى إلى تلافى نقص فى الدفاع بسبب غياب المحكوم عليه تسبب عنه صدور الحكم على غير ما يقضى به الحق الذى يزعمه المعارض فى جانبه . والطعن فى الحكم بالمعارضة لا يغير من مركز الخصوم فى الدعوى ، وإن كانت تعتبر خصومة جديدة - فيبقى المدعى عليه هو المدعى عليه ولو كان معارضا ، والمدعى هو المدعى ولو كان المعارض ضده .

ولا تجوز المعارضة من الخصم الغائب الذى حكم لصالحه برفض دعوى خصمه ، لأنه لا مصلحة للمعارض فى معارضته ، ولأنه لو حضر لكان أقصى طلبه من المحكمة هو الحكم برفض الدعوى ، فإذا قضى فى الدعوى بذلك ، فقد تحققت مصلحته ، ومن ثم لا يجوز له الطعن فى الحكم .

المعارضة تعيد نظر القضية من جديد إلى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم على أساس الدفوع والأدلة المقدمة والتى تقدم أثناء المرافعة فيها ، ولو كانت هذه الدفوع والأدلة طارئة بعد صدور الحكم المعارض فيه . ومعنى ذلك أن القاضى الذى ينظر المعارضة عليه أن يعيد النظر فى كل دفع يتقدم به صاحبة ، سواء أكان الدفـع طارئا على الحكم المعارض فيه ، أم سابقـا عليه ، بأن كان معروضا على المحكمة . وقد انقسم الرأى فى شأن هذه القاعدة بالنسبة للمعارضة إلى رأيين :

---

(٣) العشماوى جزء ٢ .

أولهما : – أن قاعدة المعارضة تعيد نظر القضية إلى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم المعارض فيه لا دليل عليها من النصوص الواردة فى باب المعارضة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لأن النص الوارد بهذا الصدد ورد فى باب الاستئناف ، وخاص به دون المعارضة . والحكمة فى ذلك بينتها المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ عند الكلام على المادة ٣١٧ التى يجرى نصها بأن « يعيد الاستئناف الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط » وهذه الحكمة غير متحققة فى المعارضة ، لأن محكمة المعارضة هى محكمة الحكم الإبتدائى . ومحكمة الاستئناف غير محكمة أول درجة ، فإذا وقع القاضى فى خطأ إجرائى عند الحكم الابتدائى ، أو وفاته أن يحكم حسب النصوص الشرعية ، فلا يفوت محكمة ثانى درجة أن تتلافاه ، بخلاف محكمة المعارضة ، إذ قاض المعارضة هو قاضى الحكم الابتدائى ، وربما يفوته عند نظر المعارضة ما سبق أن فاته عند الحكم الابتدائى فرأى المشرع بالمادة ٣١٧ لائحة أن تكون هذه القاعدة خاصة بالاستئناف ، ولا كذلك المعارضة ، فيقتصر الأمر فيها على مورد النص ، ولا وجه لقياس المعارضة عليه .

ثانيا : – يرى أصحاب هذا الرأى أن المعارضة تعيد – كالاستئناف – نظر القضية من جديد إلى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم المعارض فيه على أســاس الدفوع والأدلة المقدمة والتى تقدم فى المرافعة فيها ولو كانت طارئة بعد الحكم المعارض فيه على سند من المادة ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الــواردة فى باب الاستئناف . وقدم أصحاب هذا الرأى العديد من الدعائم لرأيهم فيهـــا :

١ – أن القضاة – قبل تعديل اللائحة الأخيرة – كانوا على أن الأسباب الطارئة على الحكم لا تؤثر فيه لا المعارضة ولا الإستئناف ، وكان هذا مقبولا نظريا لعدم وجود نص نظامى فى باب المعارضة والاستئناف يخالف ذلك ، حتى جاء التعديل الأخير فى اللائحة بالمرسوم الصادر بالقانون ٧٨ / ١٩٣١ ونص فى المادة ٣١٧ من باب الاستئناف على أن الاستئناف يعيد نظر القضية من جديد إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة وعلى أى دفع أو دليل آخر يقدم فى الاستئناف من قبل الخصوم طبقا للمادة ٣٢١ ، وبهذا النص آثر المشرع جانب العمليات على النظريـــات لأننا بصدد فض الخصومات بين الناس لا أمام نظريات علمية .

٢ – لا معنى لحكم لا يزال منظورا في المعارضة – بين يدى القاضى الذى أصدره – وقد طرأ عليه ما يؤثر فيه بالتعديل أو البطلان ، ونمنع القاضى من نظر هذا التعديل المؤثر فيه ، ونجيز هذا في الاستئناف ، إلا أن يكون المقصود هو مضارة أصحاب الحقوق بتطويل أمد التقاضى عليهم وتعطيلهم عن أعمالهم ، وإعناتهم بزيادة المصاريف ، وإكثار العمل على القضاة بلا فائدة .

٣ – إن ما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من إجراءات وأنظمة مرجعه قانون المرافعات ، فإذا رجعنا بشأن هذه الإجراءات إلى ذلك القانون ، وأقوال أهله فيه نجدهم قد جـروا على أن المعـارضة كالاستئناف في ذلك لاتحـاد العلة .

٤ – القول بأن القاضى يقف جامدا مجافيا للعدالة ولا يقيس المعارضة على الاستئناف في ذلك مردود على صاحبه ، ولا يلتفت إليه ، لأن المشرع حكيم ينظر إلى الناس بعين الرحمة ، فنراه قد نسخ النظام السابق وما به من إعنات لصاحب الحق بصرفه إلى التقاضى من جديد ، وإثقال على كاهل القاضى في العمل الغير مجد ، إلى نظام خير منه ، فوضع المادة ٢١٧ لائحة واكتفى بوضعها في باب الاستئناف عن تكرارها في باب المعارضة ، وما دام لا فارق بين المعارضة والاستئناف في أن كلا منهما موضوعه طعن في الحكم ، ومتى صح ذلك الطعن بطل الحكم أو تم تعديله بما هو الحق ، ومادام هذا متحقق في الاستئناف والمعارضة معا تحقيقا لاخفاء فيه ، فإن من فضول القول وضع المادة مرة أخرى في باب المعارضة .

٥ – لو كان المشرع يريد قصر حكم المادة ٢١٧ لائحة على الاستئناف دون المعارضة – وكلاهما طعن في الحكم – للزم على ذلك العبث في تشريعه ، يتجلى ذلك إذا كان الحكم المعارض فيه بالسبب الطارىء عليه ، فإن أصحاب الرأى الأول يقولون لقاضى المعارضة هذا الحكم طرأ عليه ما يوجب تعديله أو بطلانه فلا يؤثر فيه ، فارفض الدفع وأيد الحكم ، فإذا انتقل هذا الحكم بذاته إلى قاضى الاستئناف يقولون له أن هذا الحكم طرأ عليه ما يوجب تعديله أو بطلانه ، وأنه يتأثر بذلك فاقبل الدفع وانقض الحكم ، ولا يقول بهذا مشرع الناس ، ولا يستسيغ ذلك قاض عادل .

لكل ما تقدم يكون الرأى الثانى بجعل المعارضة كالاستئناف تعيد نظر القضية من جديد إلى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم المعارض فيه على أساس الدفوع والأدلة المقدمة والتى تقدم في المرافعة فيها لو كانت طارئة بعد الحكم . هذا الرأى

أجدر بالقبول ، وأدخل إلى العقول ، وبه تستقيم العدالة ، وتصل الحقوق إلى أصحابها دون إعنات أو تطويل فى الإجراءات ، مادام طريق المعارضة مفتوحاً أمام الخصوم .

وهذا الرأى الأخير هو الذى جرى واستقر عليه العمل فى القضاء .

مـادة - ٢٩٠ - تقبل المعارضةفى كل حكم صادر فى الغيبة ما عدا الأحكام المعتبرة صادرة فى مواجهة الخصوم بمقتضى هذه اللائحة فإنه لا يجوز الطعن فيها إلا بطريق الاستئناف .

وكذا تقبل المعارضة فى كل قرار صادر فى الغيبة بعزل ناظر الوقف .

□□□

الحكم الغيابى الذى يصدر فى الغيبة قد يكون :

١ - حكما غيابيا حقيقة ووصفا ، ويكون تحديده بالرجوع إلى قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والعبرة فى ذلك هى بحقيقة الواقع ، بمعنى أنه إذا ثبت أن المدعى عليه لم يحضر فى الجلسات لا بشخصه ولا بوكيل عنه كان الحكم غيابيا ، وإذا وصف بأنه حكم حضورى كان قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة باعتباره حكما صادراً فى الغيبة . لأن المدار فى قابلية الحكم للمعارضة على المعانى لا على الألفاظ ، فالحكم الذى يصدر فى غيبة المدعى باعتبار دعواه كأن لم تكن ، هو فى حقيقته حكم غيابى ، وإن حضره المدعى عليه ولذلك يجوز للمدعى أن يعارض فى هذا الحكم عملا بالمادة ٢٩٠ لائحة لأنه فى هذه الحالة محكوم عليه فى غيبته ، والمعارضة تقبل فى كل حكم صدر فى الغيبة . وقد قضى بأن عدم إعادة إعلان من لم يحضر من المدعى عليهم لا يترتب عليه بطلان الحكم الصادر فى الدعوى ، وإنما يؤدى إلى مجرد اعتبار الحكم غيابيا فى وصفه يجوز له المعارضة فيه أمام محكمة الموضوع ، وأنه أجراء لا يتصل بالنظام العام ، فلا يقبل منه أو من غيره التمسك ببطلان الحكم تبعا لتخلفه لأول مرة أمام محكمة النقض (٤)

---

(٤) طعن ٦ / ٥١ ق ١٦ / ٢ / ١٩٨٢ .

٢ – حكمـا غيابيا حقيقة ولكن القانون اعتبره بمـثابة الحكم الحضـورى لا تجوز المعارضة فيه . فقد نصت المادة ٢٩٠ على قبول المعارضة فى كل حكم صادر فى الغيبة ماعدا الأحكام المعتبرة صادرة فى مواجهة الخصوم بمقتضى اللائحة ، فهى بمثابة الحكم الحضورى ، والحكم الحضورى لا يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . ومن قبيل هذا الحكم ، الحكم الذى يصدر فى الدعوى رغم غيبة المدعى عليه بعد جوابه عن الدعوى بالاعتراف بها . أو الحكم الذى يصدر فى الدعــوى رغم غيبة المدعى عليه بعد إنكاره الدعوى وثبوتها فى وجهه بالطريق الشرعى .

٣ – حكما غيابيا حقيقة ووصفا ولكن القانون – لاعتبارات قدرها – رأى أن يمنع الطعن فيه بالمعارضة حتى لا يتأخر الفصل فى النزاع أو يمنع الخصم المماطل من التغيب ثم اللجوء إلى الطعن مرة أخرى بالمعارضة ومن أمثلة هذه الحالة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ما نص عليه فى المادة ٣٠٢ منها على أن « الحكم الذى يصدر فى الغيبة بعد المعارضة لا تقبل فيه المعارضة مطلقا ولكن يجوز استئنـافه » وكذلك حـالة ما إذا طعن فى الحكم الغيـابى – فى مدة المعارضة – بالاستئنـاف – فإنه يترتب على ذلك سقوط الحق فى المعارضة (ماده ٣٠٨ / ٤ لائحة) .

أجاز الفقرة الثانية من المادة ٢٩٠ لائحة المعارضة فى القرارات الصادرة فى الغيبة – إذا كانت بعزل ناظر الوقف .

النظر على الوقف هو الولاية عليه ، وهى وصف – أى سلطان – يثبت لصاحبه بمقتضاه الحق فى وضع اليد على أعيانه والقيام على حفظها وتحصينها وإصلاحها وعمارتها والحق فى إدارته واستغلال أعيانه وتوزيع غلاته على مستحقيها ، والحق فى التعاقد نيابة عنه وتمثيله فيما يدعى له وعليه إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات التى ترسم حدودها وتعيين أوضاعها الأحكام التى يخضع لها الوقف .

والذى يستوجب عزل ناظر الوقف أمور كثيرة منها خيانة الأمانت التى فى يده وتبديده ريع الوقف فى شئون نفسه . وتعمده مخالفة شرط الواقف الصحيح من تلقاء نفسه ، ورهنه عينا من أعيان الوقف فى دين عليه أو على الوقف أو على أحد المستحقين وبيعه عينا منها بغير مسوغ ، وادعاؤه ملكيه عين منها ، وإهماله المطالبه بأجور الوقف ، وإهماله التعمير الضرورى ، وتأخيره الحقوق عن

مستحقيها بدون عذر وارتكابه محرما ، أو جريمة تخل بالثقة المالية به كالمقامرة والمراهنة والنصب والتزوير .

وهناك مخالفات لا تستوجب عزل الناظر كالتأجير بغير المزايدة ، أو تركه أمورا لإدارة غيره أو ضعفه ففى هذه الحالات وأمثالها للقاضى أن يدفع الضرر عن الوقف بتعين مشرف على الناظر - لا يتصرف الناظر إلا بعد أخذ رأيه - أو بضم نفسه إلى الناظر يشترك معه فى النظر .

مادة - ٢٩١ تقبل المعارضة إلى الوقت الذي يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم .

مادة - ٢٩٢ يعتبر المحكوم عليه عالما بالتنفيذ بمجرد إعلان صورة الحكم التنفيذية بالطرق المقررة .

□□□

جاء بالمذكرة الإيضاحية أن اللائحة القديمة كانت توجب إعلان الحكم إعلانا بسيطا ثم إعلان الصورة التنفيذية بعد ثمانية أيام فاستغنى عن إعلان الصورة البسيطة إذ لا فائدة من هذا التكرار .

الأصل أن المعارضة فى الأحكام جائز إلى الوقت الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم . والعلم بالتنفيذ ليس محصورا فى الإعلان بصورة الحكم التنفيذية ، وإنما قد يحصل العلم به من أى طريق آخر يفيد حصوله ، وهى من الدلالة عليه أقوى مما نص عليه فى ٢٩٢ ، كما أن المشرع لم يرد حصر العلم بالتنفيذ فيما نص عليه فى المادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ لائحة ولذلك اختلفت المحاكم فى تفسير هاتين المادتين . فقد جرى بعض المحاكم على أنه لا عبرة بالتنفيذ ولا بالعلم به ، مادام أن المادة ٢٩٢ جعلت العلم المعول عليه هو ما كان بواسطة إعلان صورة الحكم التنفيذية ، قبل التنفيذ الفعلى ، ولذلك كان للمحكوم عليه أن يعارض فى أى وقت يشاء بعد التنفيذ عليه ، وعلمه به حتى يعلن بصورة الحكم التنفيذية ، وبعدها بثلاثة أيام طبقا للماده ٢٩٣ لائحه . وقد قضى بأن النص فى المادة ٢٩١ على أن « تقبل المعارضة إلى الوقت الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم » وفى المادة ٢٩٢ على أن « يعتبر المحكوم عليه عالما بالتنفيذ بمجرد إعلان صورة الحكم التنفيذية بالطرق المقررة » يدل على أن العلم المعتبر قانونا

هو العلم المستفاد من إعلان الصورة التنفيذية وحدها ، ولذلك رتب على العلم بهذه الطريقة وحدها مبدء ميعاد المعارضة - المنصوص عليه فى المادة ٢٩٣ لائحة - ولم يرتبه على شىء آخر بشرط أن يكون إعلان الصورة قد اتبعت فيه الطرق المقررة قانونا . كما قضى بأن نص المادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ ، يدل على أن القول بأن مجرد العلم بالحكم الغيابى بأى طريق من طرق العلم يعتبر مبدأ لمدة المعارضة قول لا يرتكن على أساس قانونى (٥)

وجرى بعض المحاكم على أن العلم بالتنفيذ المنصوص عليه بالمادة ٢٩١ لائحة هو أحدى طرق العلم ، لأنه توجد طرق أخرى للعلم بالتنفيذ هى من الدلالة عليه أقوى مما نص عليه فى المادة المذكورة ، وأن المشرع لم يرد حصر طرق العلم بالتنفيذ فيما نص عليه بتلك المادة ، فإذا نفذ الحكم على المحكوم عليه بالحجز على مرتبه أو معاشه فعلا ، وعلم بذلك بإخطار المصلحة التابع لها المحكوم عليه اعتبر علمه بذلك مبدأ ميعاد المعارضة ، فإذا لم يعارض فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٩٣ لائحة سقط حقه فيها . كما أن إعلان دعوى الحبس مفيد للعلم بالتنفيذ قد يبتدئ به ميعاد المعارضة لأن دعوى الحبس إحدى طرق التنفيذ وقد قضى بأنه متى علم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم بإحدى طرق التنفيذ امتنع قبول المعارضة إلا فى المواعيد المبينة فى المادة ٢٩٣ لائحة (٦) ، وجاء بهذا الحـكم أن المفهوم الأول للتنفيذ هو التنفيذ الفعلى بالحجز . وغيره من طرق التنفيذ ، وأن بعض الأحكام لا يمكن تنفيذه فعلا إلا بعد أن تصير المعارضة غير جائزة ، والمعارضة لا تعتبر جائزة إلا بعد العلم بالتنفيذ وقد احتاج واضع اللائحة إلى إيجاد حال يقوم العلم بها مقام العلم بالتنفيذ الفعلى فوضع المادة ٢٩٢ لائحة ، وهى ليست مفسرة للمادة ٢٩١ ولا تحديداً لطرق العلم ، وإنما هى لإلحاق إعلان الصورة التنفيذية بالعلم الفعلى ، وعدم جواز المعارضة بعده إلا فى مواعيد معينـــة ، ويبين هذا كلمة « يعتـبر » التى وردت فى المادة ٢٩٢ المشـــعرة بأن ما بعدها ليس علما حقيقيا بالتنفيذ ولكنه الحق به . وقضى بأن العلم بالتنفيذ ليس محصورا فى الإعلان بصورة الحكم التنفيذية وإنما قد يحصل بأى طريق آخـــر يفيد حصوله ، ومنه بالأولى وقـــوع التنفيذ فعلا ، ومنـه يبتدئ ميعـــاد

---

(٥) مبادئ القضاء ص ٩٨٧ .

(٦) مبادئ القضاء الشرعي ص ٩٨٧ .

المعارضة . كما قضى بأن المعول عليه فى ابتداء مدة المعارضة إما الإعلان بالصورة التنفيذية أو التنفيذ بالحجز .

هذا وقد نصت المادة ١٢ من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية على أن « تنفيذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لما هو مقرر فى لائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ من ابريل سنه ١٩٠٧ .

وقضت محكمة النقض بأن نص المواد ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ من اللائحة الشرعية مفاده أن المشرع قد جعل من العلم بتنفيذ الحكم المترتب على إعلان صورته التنفيذية مبدأ لسريان ميعاد المعارضة ، ومن ثم فإنه لا يغنى عنه علم المحكوم عليه بالحكم بأى طريق ، وذلك لما هو مقرر من أنه متى رتب القانون بدء سريان ميعاد على إجراء معين ، فإنه لا يجوز الاستعاضة عن هذا الإجراء بأى إجراء آخر (٧) .

هذا ومن طرق التنفيذ التى نصت عليها لائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ٤ / ٤ / ١٩٠٧ « التنفيذ بالطريق الإدارى » على مسؤولية طالبه .

والرأى عندنا أن المشرع بالمادة ٢٩١ فتح باب المعارضة فى الأحكام الغيابية من اليوم الذى صدر فيه الحكم الغيابى ، وحتى اليوم الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ هذا الحكم والعلم هنا هو العلم الحقيقى بالتنفيذ . والحق المشرع بهذا العلم الحقيقى بالتنفيذ ، علما آخر بالتنفيذ هو علم إعتبارى ، ويتم هذا العلم الاعتبـارى بمجرد إعلان صورة الحكم التنفيذية إلى المحكوم عليه بالطرق المقررة . سواء كانت هذه الطرق مقررة فى لائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ٤ / ٤ / ١٩٠٧ ، أم كانت مقررة فى القانون ، وهذا العلم الاعتبارى مستفاد من التعبير بكلمة « يعتبر » الواردة فى صـــدر المادة ٢٩٢ والمشعرة بأن ما بعدها ليس علما حقيقيا بالتنفيذ ولكنه على الحــق به .

هذا ويجب ملاحظة أن العلم بتنفيذ الحكم المنصوص عليه فى المادة ٢٩١ له مجاله الذى يختلف عن العلم بالتنفيذ بمجرد إعــلان صورة الحكم التنفيذية إلى

---

(٧) طعن ٤٨ / ٥٤ ق أحوال جلسه ٢٤ / ١٢ / ١٩٨٥ .

المحكوم عليه بالطرق المقررة ، فالعلم الأول حقيقى يجب أن يقوم الدليل عليه من تنفيذ الحكم ، أما العلم الثانى فهو علم اعتبره المشرع بمجرد إعلان صورة الحكم . فإذا طلب المحكوم له التنفيذ بالطرق الإدارية المنصوص عليها فى لائحة الاجراءات سالفة الذكر وثبت علم المحكوم عليه بالتنفيذ ، كان العلم هنـا حقيقيا سواء أعلن بصورة الحكم التنفيذية أم لم يعلن . أما مجرد إعلان صورة الحكم التنفيذية بالطرق المقررة كأن يسلم المعاون المكلف بالتنفيذ الادارى صورة الحكم المقتضى تنفيذه إلى المحكوم عليه فهذه حالة من حالات إعلان صورة الحكم التنفيذية بالطرق المقررة . وقد قضى بأن الفقرة السادسة من المادة الأولى من لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية تنص على أن يرفق بالطلب (طلب التنفيذ) صورة من الحكم المقضى تنفيذه وعليها الصيغة التنفيذية وكذلك صورة بسيطة من ذلك الحكم بعدد من يلزم إعلانه من الإعلانات - إذا كان لم يسبق إعلان الحكم - فوضح من هذا أن القائم بالتنفيذ لابد أن يكون معه حين التنفيذ صورة الحكم التنفيذية حتى لو كان سبق إعلانه بها . وقيام المحضر بالتنفيذ - بمقتضى الفقرة سالفة الذكر - وامتناع المعلن إليه عن الدفع ، وكذلك التنفيذ بطريق الحبس مما يجعل الحكم معلنا إعلانا قانونيا تترتب عليه آثاره من قطع مدة المعارضة والاستئناف وغير ذلك .

يكون إثبات إعلان الحكم بالبيان الوارد عنه فى ورقة الإعلان بحيث إذا لزم الأمر أن تتحقق المحكمة من هذا التاريخ وجب عليها أن ترجع إلى ورقة إعلان الحكم ، فـإن هى رأت الأخذ بدليل آخر فى إثبـات اعلان الحكم كان عليها أن تحققه .

مادة - ٢٩٣ مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية .

□□□

ميعاد المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة من محاكم أول درجة سواء أكانت محاكم جزئية أم محاكم كلية هو ثلاثة أيام كاملة من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية للحكم المعارض فيه . وتعتبر المعارضة غير جائزة إذا قدمت بعد مضى ثلاثة أيام من تاريخ الإعلان بالصورة التنفيذية (٩)

---

(٨) مبادىء القضاء .
(٩) ق ٢٠٣ / ١٩٣٢ العليا الشرعية مبادىء القضاء ص ١٩٨٩

اختلفت المحاكم في تفسير عبارة النص « ثلاثة أيام كاملة » وكيفية احتسابها إلى رأيين :

الرأى الأول : أن معنى ثلاثة أيام كاملة هو عدم احتساب اليوم الأول الذى حصل فيه الإعلان ولا يوم تقديم المعارضة ، بمعنى أنه إذا أعلنت الصورة التنفيذية للحكم المعارض فيه في اليوم الأول من الشهر صح تقديم المعارضة في اليوم الخامس من الشهر وكانت مقدمة في الميعاد القانوني . ويرى أصحاب هذا الرأى أن المعارض في هذه الحالة يستفيد بالأيام الثلاثة كاملة لأن اليوم الأول الذى حصل فيه الإعلان غير محسوب وبعد ذلك يحسب ثلاثة أيام كاملة وهى اليوم الثانى والثالث والرابع من الشهر باعتبارها الأيام الثلاثة الكاملة وتصح المعارضة قانونا في اليوم الخامس .

الرأى الثانى : يرى أصحاب هذا الرأى أن معنى « ثلاثة أيام كاملة » هو أن يكون آخر يوم فيها صالحاً لأداء العمل فيه والقيام بالإجراءات الخاصة بالمعارضة ولا يكون يوم عطلة رسمية . وفى بيان هذا يقولون إن مدة المعارضة « ثلاثة أيام كاملة » من تاريخ إعلان الصورة التنفيذ ، إذا استبعدنا اليوم الأول الذى حصل فيه إعلان الصورة التنفيذية للحكم واليوم الذى تقدم فيه المعارضة فإن الميعاد يكون خمسة أيام ، فقد يكون من المفهوم ألا يدخل اليوم الذى صدر فيه الحكم في عداد ميعاد المعارضة – إذ قد يحصل الإعلان في آخر النهار ، وقد يصدر الحكم في وقت يكون قد انتهى فيه الموعد المقرر لقبول الرسوم – فعدم احتساب هذا اليوم له وجاهته لعدم تمكن المعارض من القيام بأى إجراء فيه لسبب خارج عن إرادته ، أما عدم احتساب اليوم الذى تقدم فيه المعارضة – فهو أمر غير مفهوم – حتى إذا قدمت في اليوم الخامس من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية للحكم اعتبرت مقدمة في موعدها القانوني . وهذا الرأى يقتضى أن يكون ميعاد المعارضة أربعة أيام كاملة من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية للحكم المعارض فيه ، وليس الثلاثة أيام الكاملة التالية ليوم أعلان الصورة التنفيذية وهى الزمن الذى يستطيع فيه المعارض قانونا أن يقدم معارضته ، إذ ليس لكمالها من معنى أكثر من أن يكون آخر ميعاد فيها صالحا لأداء العمل فيه والقيام بالاجراءات الخاصة بالمعارضة . والقول بغير هذا يتعارض على صريح المادة ٢٩٣ . (١٠)

---

(١٠) مبادىء القضاء ص ٩٨٣ .

والرأى الثانى هو الصحيح الذى يتفق مع فقه المرافعات ، لأن مواعيد الطعن يجب أن يتم العمل خلالها ، فإذا عين القانون لحصول إجراء ميعادا مقدرا بالأيام فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد . (١١) ووفقا لهذه القاعدة لا يدخل فى حساب ميعاد المعارضة اليوم الذى تم فيه الإعلان أما اليوم الذى ينتهى به الميعاد فيدخل فى الحساب مادام هذا اليوم لا يقع عطلة رسمية لايمكن قانونا القيام بعمل اجراء فى أثناءها

إذا وقع اليوم الأخير من ميعاد المعارضه عطله رسميه ، أمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها .

ويضاف لميعاد المعارضة ميعاد مسافة على النحو الوارد بالمادة ١٦ من قانون المرافعات . والمسافة المقصودة هنا هى المسافة بين المكان الذى يجب انتقال الشخص المستفيد من الميعاد - أو ممثله - منه ، وبين المكان الذى يجب عليه الحضور فيه أو القيام فيه بالعمل خلال الميعاد بشرط أن تكون المسافة خمسيـن كيلو مترا على الأقل فيضاف للميعاد يوما واحدا . أما إذا قلت عن هذا ، لا يضاف ميعاد مسافه . فإذا زادت المسافة عن خمسين كيلو مترا فإن ما يزيد من الكسور عن الثلاثين كيلو مترا يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز معاد المسافة أربعة أيام .

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود . وميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوما .

ويجوز بأمر من قاضى الأمور الوقتية انقاص هذا الميعاد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة ولا يعمل بميعاد المسافة فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها ، إنما يجوز لقاضى الأمور الوقية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة ؛ على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج .

والذى يحدد ما إذا كانت المعارضة قد قدمت فى الميعاد من عدمه هو تاريخ سداد المعارض رسم معارضته (١٢)

---

(١١) مادة ١٥ ، ١٦ مرافعات .

(١٢) شرح اللائحة للاستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ص ٥١٥ .

مادة - ٢٩٤ - لا تقبل المعارضة إلا من الخصم الغائب أو وكيله

□□□

لا تكون المعارضة فى الحكم الغيـابى إلا ممن كان خصما فى الدعوى ، وصدر الحكم عليه فى غيبته . فلا تقبل المعارضة ممن كان خارجا عن الخصومة ولو أضر به الحكم الغيـابى . وتجوز المعـارضة من كل المدعى عليهم الغائبين أو مـن وكيلهـم .

تجوز المعارضة من ورثة الخصم المحكوم عليه غيابيا ، فقد اعتبر الفقهاء الوارث والمورث فى حكم شخص واحد ، وقرروا أنه لا تسمع دعوى المورث لتناقض الوارث أو لمضى المدة المانعة من السماع على الحق دون نزاع فيه ، وأنه إذا مات المورث فى أثناء المدة فلا تبدأ مدة جديدة للوارث بل تكتمل فقط ، وأنه لذلك ليس ثمة ما يمنع الوارث من تقديم المعارضة فقهاً ، وأن النص فى المادة ٢٩٤ من أن المعارضة لا تقبل إلا من الخصم الغائب المحكوم عليه لا يمنع من ذلك لأن الحكم المعارض فيه صدر بنفقة عن مدة سابقة وبوفاة الزوج أصبح حكما فى التركة وضد الوارث ذاته (١٣) كما قضى بأن ما تسمع فيه دعوى المورث تسمع فيه دعوى الوارث ، لأنه حل محله فى جميع حقوقه من حيث المانع ، والموجب ، حتى حكى الاجماع ذلك (١٤)

شرط قبول المعارضة من الوارث ، أن تكون مدة المعارضة باقية ، لأن المعارضة بعد الميعاد تكون غير جائزة قانونا .

هذا والقول بأن المورث إذا مات أثناء مدة المعارضة ، فلا تبدأ مدة جديدة للوارث بل تكتمل فقط ، يحتاج إلى تفصيل لأن الوارث قد يجهل موت مورثه وفى هذه الحالة تكتمل مدة المعارضة دون أن يعلم بها ، ولم يرد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية حكما لهذه الحالة ولذلك يتعين الرجوع بشأنها إلى قانون المرافعات ، وقد نصت المادة ٢١٦منه على أن « يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بفقد أهليته للتقاضى أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه ، ولا يزول الوقف إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للتقاضى أو زالت صـفته ، وانقضـاء المواعيـد التى يحـددها قانون بلـد

---

(١٣) مبادىء القضاء ص ٩٩١ .

(١٤) « « ص ٥٤٤.

المتوفى لاتخاذ صفة الوارث إن كان » وطبقا لهذه المادة يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بقيام سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، وإذا وقف الميعاد طبقا لهذه المادة – ولم يقم المحكوم له بإعلان من يقوم مقام المحكوم عليه – فإن حق الطعن لا يسقط بمضى مدة المعارضة .

وقد يحدث أن يقوم سبب انقطاع الخصومة لدى المحكوم له أثناء سريان ميعاد الطعن أى بعد صدور الحكم ، ففى هذه الحالة نصت المادة ٢١٧ من قانون المرافعات على أنه « إذا توفى المحكوم له أثناء ميعاد الطعن جاز لخصمه رفع الطعن وإعلانه إلى ورثته جمله دون ذكر أسمائهم وصفاتهم ، وذلك فى آخر موطن كان لمورثهم . ومتى تم رفع الطعن وإعلانه على الوجه المتقدم ، وجبت إعادة إعلانه لجميع الورثه باسمائهم وصفاتهم لاشخاصهم أو فى موطن كل منهم قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك »

« وإذا فقد المحكوم له أهليته للتقاضى أثناء ميعاد الطعن ، أو إذا توفى أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه ، جاز رفع الطعن واعلانه إلى من فقد أهليته أو من توفى من كان يباشر الخصومة عنه ، أو إلى من زالت صفته ، على أن يعاد إعلان الطعن إلى من يقوم قيام الخصم لشخصه أو فى موطنه ، قبل الجلسه المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك » وواضح من هذا النص أن المشرع أراد التيسير على المحكوم عليه حتى لا يفوت ميعاد الطعن عليه بسبب ما قد يجريه من تحريات عن ورثة خصمه وموطن كل منهم أو من قام مقام الخصم الذى فقد أهليته أو زالت صفته وموطنه ، فأجاز أعلان الطعن إلى الورثة جملة فى الميعاد على آخر موطن كان لمورثهم ، كما أجاز إعلان الطعن لمن تحقق فيه سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، واشترط فى الحالين إعادة اعلان الطعن إلى الورثة لاشخاصهم أو فى موطن كل منهم ، أو إلى من قام مقام الخصم الذى فقـــد أهليته أو زالت أهليته لشخصه أو فى موطنه قـبـــل الجلسة المحـددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحـــدده المحكمة لذلك إذا لم يتمكن من إعلانهم قبل الجلسة . والهدف من ذلك إلا يصدر الحكم فى الطعن فى غفلة منهم (١٥)

---

(١٥) يطبق حكم المادتين ٢١٦ ، ٢١٧ مرافعات فى جميع مواعيد الطعن إذا تحققت الشروط الواردة بهما .

تقبل المعارضة من النائب القانونى إذا أصبح المحكوم عليه غير أهل للخصومة . فتقبل المعارضة من الوصى أو القيم أو الولى مادامت مدة المعارضة باقية .

ولا تقبل المعارضة من الخصم الصادر الحكم فى مواجهته حقيقة أو اعتبارا وإنما له أن يطعن عليه بالاستئناف إن كان له وجه . كما لا تقبل المعارضة من الخصم الغائب الذى حكم لصالحه برفض دعوى خصمه لأنه لا مصلحة له فى المعارضة ، إذ لو حضر لكان أقصى طلبه هو الحكم برفض الدعوى فكأنه بعدم قبول معارضته ، قد قضى به بطلباته .

إذا رفعت معارضتان - عن حكم غيابى واحد - وقضى فى أحداهما باعتبارها كأن لم تكن ، فلا تقبل الثانية .

مادة - ٢٩٥ - تحصل المعارضة بورقة تعلن للخصم على حسب الطرق المقررة لرفع الدعاوى ، ويشتمل الإعلان المذكور على البيانات المقررة بالإعلانات ، وعلى تاريخ الحكم المعارض فيه ، وتاريخ إعلانه لمقدم المعارضة ، والأوجه التى يستند عليها فيها

ويجوز حصولها بطلبها كتابة وقت التنفيذ فى محضره ، وعلى المكلف بالتنفيذ أن يوقفه ، إلا فى الأحوال التى لا يجوز فيها المعارضة ، أو التى لا توقف المعارضة التنفيذ فيها ، ويرد الأوراق إلى المحكمة فوراً .

وعلى كاتب المحكمة أن يقيدها فى الدفتر المختص بقيد المعارضات وفى الحالة الأخيرة يحدد جلسة لنظرها أمام المحكمة ، ويعلن الخصوم بذلك .

□□□

كيف ترفع المعارضة :

ترفع المعارضة بورقة تراعى فيها الأوضاع المقررة لرفع الدعوى ، فتكون المعارضة بورقة بناء على طلب المعارض - أو ممثله وترفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى المعارض فيه .

وتعلن ورقة المعارضة للمعارض ضده ، ويكون الإعلان مشتملا على البيانات الخاصة بأوراق المحضرين ، وهذه البيانات هي ١ - إسم المعارض ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه .

٢ - إسم المعارض ضده ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ، فإن لم يكن موطنه معلوماً فآخر موطن كان له .

٣ - تاريخ الحكم المعارض فيه .

٤ - تاريخ إعلان الحكم المعارض فيه للمعارض .

٥ - بيان موطن مختار للمعارض في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها .

٦ - الأوجه التي يستند عليها المعارض في معارضته .

المعارضة تتم بأحدى طريقتين .

الأولى - بورقة تعلن للمعارض ضده حسب الأوضاع السابقة .

الثانية - حصول المعارضة وقت التنفيذ .

أجاز القانون للمعارض أن يرفع المعارضة وقت تنفيذ الحكم ، ويكون ذلك بطلب كتابي يقدمه المعارض وقت التنفيذ للمكلف بالتنفيذ ويثبت ذلك في محضره وعليه :

١ - أن يوقف التنفيذ ، ولا يستمر في اجراءاته إلا في الأحوال التي لا تجوز فيها المعارضة ، وهي كثيرة منها صدور الحكم حضوريا أو معتبرا حضوريا ، أو أن تكون المعارضة بعد الميعاد المحدد لها . وكذلك الأحوال التي لا توقف المعارضة التنفيذ فيها وهي الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين أولاً وثانيا من المادة ٢٩٧ لائحة .

٢ - أن يرد أوراق التنفيذ وطلب المعارض إلى المحكمة فوراً .

أوجب القانون على كاتب محكمة المعارضة - عند وصول أوراقها إليه - أن يقيدها في الدفتر المخصص لقيد المعارضات . وعليه في حالة حصول المعارضة وقت التنفيذ أن يحدد جلسة لنظر المعارضة أمام المحكمة ، ويقوم بإعلان الخصوم - المعارض والمعارض ضده - بها .

مادة - ٢٩٦ - تقدم المعارضة في الأحكام الغيابية للمحكمة التي أصدرت الحكم .

المعارضة فى الحكم الغيابى قصد بها تلافى نقص فى الدفاع ، سببه صدور الحكم فى غيبة المعارض ، وصدوره على غير ما يقضى به الحق الذى يزعم المعــارض أنه فى جانبه . فالمعــارضة لا تقدم لمحكمة أعلى تظلما من تصرفات قضـــاة محكمة أول درجة أو طعنا فى كفاءتهم أو فى عنايتهم بالفصل فى النزاع ، وإنما تقوم المعارضة على أن المعارض تخلف عن الحضور لسبب طرأ عليه أو لعدم صحة إعلانه ، ولذلك مهد القانون له الطريق ليلجأ إلى القاضى الذى أصدر الحكم عليه غيابيا ليبسط لديه دفاعه ويطلب منه مراجعة حكمه وإصلاحه أو تعديله حسب الدفاع الذى يبديه المعارض أمام القاضى . لكل هذا نصت المادة ٢٩٦ لائحة على أن تقدم المعارضة فى الأحكام الغيابية للمحكمة التى أصدرت الحكم ، وقد قصد بذلك أن تتحرى المحكمة ما يأتى :

أولا من حيث الشكل ، يجب على القاضى أن يبحث ما يأتى :

١ – أن الحكم يقبل المعارضة فى حد ذاته بأن لم يكن من الأحكام الحضورية حقيقية أو اعتبارا أو غيابيا أصلا لكن المعارضة مع ذلك غير جائزة فيه كالحكم فى غيبة المستشكل .

٢ – أن المعارضة مقدمة فى الميعاد القانونى .

٣ – أن المعارضة مرفوعة من ذى صفة .

٤ – أن المعارضة مقدمة إلى المحكمة الصادر منها الحكم الغيابى .

ثانيا : من حيث الموضوع – إذا كانت المعارضة بلا أسباب تعين على المحكمة تأييد الحكم المعارض فيه . أما إذا كانت المعارضة تقوم على أساس صحيح كان للمحكمة أن تلغى الحكم أو تعدله كما ترى بعد السير فى الدعوى بالطرق الشرعية .

مادة – ٢٩٧ – يترتب على المعارضـــة إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

أولاً : إذا كان الحكم صادرا بالنفقة أو بأجرة الرضاعة أو المسكن أو الحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه .

ثانيا : إذا كان مأمورا بالنفاذ المؤقت فى الحكم فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر .

لم يشأ واضعو اللائحة أن يضعوا قاعدة عامة تجمع شتات الآثار التى تترتب على رفع المعارضة ، واكتفوا بالنص على أنه يترتب على المعارضة إيقاف التنفيذ كقاعدة عامة إلا ما ورد النص على استثنائه من وقف تنفيذ الحكم الغيابى رغم المعارضة فيه .

غير أن الفقة قد استقر على أنه يترتب على المعارضة إعادة طرح النزاع أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المعارض فيه ، لتفصل فى النزاع من جديد ، ولذلك يعود النزاع الذى فصل فيه غيابيا من جديد بجملته للمحكمة . غير أن هذه القاعدة لا تمنع المعارض من أن يقصر معارضته على بعض الطلبات ، ويرضى ببقية ما حكم فيها منها ، وعند ذلك تقتصر سلطة محكمة المعارضة على إعادة النظر فيما تناولته المعارضة ، وتعود لها نفس سلطتها التى كانت لها عند نظر الموضوع الأصلى ، فتحكم فيما كانت قد أغفلته فى حكمها المعارض فيه ، لأن قضية المعارضة هى استمرار فى الخصومة الأصلية .

استثنى القانون من إيقاف التنفيذ المترتب على رفع المعارضة بعض المواد ، فأجاز استمرار التنفيذ بمقتضاها رغم تقديم المعارضة ، وهذه المواد هى .

١ - حالة ما إذا كان الحكم الغيابى صادرا بالنفقة أو بأجرة الرضاعة أو المسكن أو الحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه .

٢ - حالة ما إذا كان الحكم الغيابى مأمورا فيه بالنفاذ المؤقت فى الأحوال المستوجبة الاستعجال ، أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر .

الحالات المستوجبة الاستعجال ، والحالات التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر ، يخضع تقديرها لقاضى الدعوى . وهذه الحالات كثيرة لا تقع تحت حصر فى مواد الأحوال الشخصية ومن هذه الحالات تنفيذ حكم الطاعة ، والحكم بحفظ الولد عند محرمه ، والحكم بالتفريق بين الزوجين ، والحكم بتسليم الصغير لحاضنته . والحكم بالتفريق بين الزوجة المسلمة وزوجها غير المسلم .

مادة - ٢٩٨ - يجوز مع المعارضة اجراء الوسائل التحفظية .

□□□

يراد بالوسائل التحفظية الاجراءات التى تتخذ تحت يد المدين للمحافظة على حق الدائن ، حتى يفصل فى المعارضة . وهذه الإجراءات يتخذها المعارض تحت يد مدينة على الرغم من قيام المعارضة ، وليس من شأن هذه الإجراءات أن تنزع

محل الحجز من يد المدين وتسليمها للدائن . وهذه الوسائل التحفظية وفق بها المشرع بين مصلحة كل من المحكوم له والمحكوم عليه ولهذا ألا يتنافى إيقاف التنفيذ مع اتخاذ الوسائل التحفظية .

ولابد لاتخاذ الوسائل من صدور قرار بها من قاضى التنفيذ أو قاضى المعارضة . ومن الوسائل التحفظية تسليم الشيء ليد أمين ثقة إلى أن يفصل فى المعارضة ، منع المعارض ضده من السفر بالصغير حتى يقض فى المعارضة .

مادة - ٢٩٩ - لا تقبل المعارضة فى الحكم بعد الرضا به كتابة أو قبول تنفيذه بلا ممانعة .

□□□

الأحكام الغيابية التى رضى بها المحكوم عليه غيابيا ، وكذلك الأحكام التى يقوم بوفاء ما حكم به بعضه أو كله لا تقبل المعارضة .

عدم الطعن بطريق المعارضة لا يعد قبولا مانعا من الطعن فى الحكم الغيابى بطريق آخر غير المعارضة . ويعتبر الطعن بطريق آخر غير المعارضة نزولا عن الحق فى المعارضة فقط .

ويكون الرضا بالحكم الغيابى كتابة بأن يوقع المحكوم عليه غيابيا إقرارا بأنه رضى بالحكم وليس لديه اعتراض عليه ، هذا الحكم لا تقبل المعارضة فيه ولو رفعت المعارضة فى الميعاد .

التنفيذ الرضائى للحكم - دون ممانعة - يجعل المعارضة بعده غير مقبولة من المحكوم عليه غيابيا . والتنفيذ الجبرى لا يدل على قبول التنفيذ ، ولا يدل على الرضا بالحكم ، ولذلك تكون المعارضة بعده مقبولة مادام ميعادها باقياً .

كذلك لا يعتبر قبولا مانعا من المعارضة مجرد مبادرة المحكوم عليه بالتنفيذ إنصياعا لحكم واجب النفاذ ولو مع المعارضة ، لأن التنفيذ الرضائى فى هذه الحالة يكون لتلافى إجراءات التنفيذ الجبرى وليس قبولا إراديا .

مادة - ٣٠٠ - ترفض المعارضة إذا قدمت بعد الميعاد المقرر لتقديمها .

□□□

تنظر المحكمة قضية المعارضة فى الحكم الغيابى ، وتتبع فيها الاجراءات المبينه فى القانون ، فتبحث المحكمة فيما إذا كان الحكم مما تجوز المعارضة فيه رغم كونه غيابيا ، ثم تبحث بعد ذلك فى قبولها أى ما إذا كانت قد قدمت فى الميعاد من عدمه ، فإذا كانت قد قدمت فى الميعاد قضت بقبول المعارضة شكلا ثم تنتقل بعد ذلك إلى بحث موضوع المعارضة وتقضى فيه إما بتأييد الحكم المعارض فيه ورفض المعارضة موضوعا أو بالغائه ، أو بتعديله ، وبذلك تكون محكمة المعارضة قد سارت سيرها الطبيعى فى نظرها .

غير أن القانون فى المادة ٣٠٠ سار على غير ذلك فاعتبر أن تقديم المعارضة بعد الميعاد المقرر قانونا لتقديمها موجبا لرفضها .

وقد قصد المشرع من ذلك ، احترام المواعيد المحددة لتقديم المعارضة ، بوضع حد للتظلم من الأحكام الغيابية حتى تستقر الأوضاع بين المتقاضيين ، وتطمئن نفوسهم للأحكام الصادرة فى الخصومات . هذا فضلا عن أن موضوع المعارضة ينغلق باب عرضه على محكمة المعارضة بفوات ميعادها - ولذلك عبر المشـرع بلفظ « ترفض » وهذا معنـــاه أن الرفض رفض موضوعى من محكمة المعارضة ، وليس أمام المعارض بعد ذلك إلا باب الاستئناف أن كان ميعاده قائما .

غير أننا أنه بالرغم من استعمال المشرع لفظ « الرفض » إلا أنه ليس رفضا موضوعيا ، وإنما هو رفض نظر المعارضة ، لأنه إذا اعتبر الرفض رفضا موضوعيا لجاز انفتاح ميعاد استئناف جديد لهذا القضاء الموضوعى ، وأمكن بذلك التحايل على مواعيد الاستئناف بإقامة المعارضة بعد المواعيد ، ولذلك يكون الرفض هنا بمعنى « رفض نظر المعارضة » حتى لا ينفتح به ميعاد استئناف جديد ، ولا تكون المعارض بعد الميعاد أحسن حالا ممن عارض فى الميعاد وقضى باعتبار معارضته كأن لم تكن .

مادة - ٣٠١ - تتبع المحكمة فى نظر المعارضة الطرق المبينة فى هذه اللائحة ، فيما يتعلق بغيبة المدعى أو المدعى عليـــه .

□□□

إذا غاب المعارض فى جلسة المعارضة اعتبرت معارضته كأن لم تكن .

وإذا غاب المعارض ضده ولم يحضر جلسة المعارضة لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه - فى الميعاد - الذى حدد له ، تسمع الدعوى وأدلتهـا ، ويحكم فى

غيبته بدون اعذار ولا نصب وكيل عنه . ولا يصح التمسك بالحكم الصادر فى المعارضة – فى حال الغيبة إلا بعد ارفضاض الجلسة .

مادة – ٣٠٢ – إذا لم يحضر المعارض فى جلسة المعارضـــة اعتبرت معــارضته كأن لم تكن ، ولم يبـق له إلا الاستئنـــاف فى ميعاده .

□□□

إذا رفعت المعارضة ، وغاب المعارض فى الجلسة الأولى المحددة لنظرها تحكم المحكمة باعتبار معارضته كأن لم تكن . والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن حكم وجوبى على المحكمة لأن نص المادة ٣٠٢ اعتبرت المعارضة كان لم تكن بنص القانون ، فلا تملك المحكمة أن تؤجل نظر المعارضة أو أن تؤجلها بناء على طلب المعارض ضده لإعلان المعارض أو لتقديم دفاع معين . لأن النص اعتبر أن تغيب المعارض عن حضور الجلسة الأولى لنظر معارضته قرينة على عدم جديته فى المعارضة ، ومن ثم لا محل لأن تقوم المحكمة بتحقيق هذه المعارضـــة .

والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن لتغيب المعارض عن حضور الجلسة الأولى للمعارضة يستوى فيه أن يكون المعارض شخصا واحدا أو يتعدد المعارضون ماداموا قد تغيبوا عن حضور جلسة المعارضة . أما إذا تغيب بعض المعارضين دون البعض تعين على المحكمة أن تحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن بالنسبة للمعارضين الذين تخلفوا عن حضور جلسة المعارضة ، وتمضى فى نظر المعارضة بالنسبة لمن حضر من المعارضين .

والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن لا يشترط فيه حضور المعارض ضده ولا يصح أن يكون تخلفه مانعا من توقيع الجزاء المقرر بالنص وهو الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن .

إذا حضر المعارض فى أحدى جلسات المعارضة ثم تخلف بعد ذلك قضت المحكمة بشطب المعارضة أسوة بالمدعى الذى يتغيب بعد حضوره .

إذا حضر المعارض ، وتخلف المعارض ضده الذى أعلن اعلاناً صـحيحاً ، فلا محل لتأجيل نظر المعارضة لإعذار المعارض ضده ، لأن الحكم الذى يصدر فى المعارضة لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة من جانب المعارض ضده . غير أنه قد

يكون للمحكمة - إذا تبينت أن ورقة المعارضة لم تعلن - أن تؤجل نظر المعارضة لإعلان المعارض ضده إعلانا صحيحا ، ولها أن تؤجل نظر المعارضة لجلسة تالية إذا وجدت ما يبرر ذلك .

وإذا قضى باعتبار المعارضة كأن لم تكن لا يبقى للمعارض إلا طريق الطعن على الحكم بالاستئناف فى ميعاده - إن كان ميعاد الاستئناف قائما . أما إذا قضى فى موضوع المعارضة بقبولها أو رفضها أو بتعديل الحكم المعارض فيه ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من وقت صدور الحكم المعارض فيه . وقد قضى بأنه إذا كان الحكم الغيابى باعتبار المعارضة كأن لم تكن صحيحا فى نظر القانون ، فإن ميعاد استئناف الحكم الأصلى - الحكم الغيابى - فى هذه الحالة من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية لهذا الحكم ، لأن القضاء باعتبار المعارضة كان لم تكن يترتب عليه زوال كل أثر على رفع المعارضة (١٦) فتسقط إجراءات المعارضة وما ترتب على رفعها من آثار ، ولا يملك المعارض بعد ذلك تجديد معارضته ، ولو كان ميعاد المعارضة مازال ممتدا .

مادة - ٣٠٣ الحكم الذى يصدر فى الغيبة بعد المعارضة لا تقبل فيه المعارضة مطلقا ، ولكن يجوز استئنافه .

□□□

من القواعد المشهورة فى فقه المرافعات « لا ترد المعارضة على المعارضة » بمعنى أن المعارضة لا تجوز إلا مرة واحدة . وقد أيد المشرع هذه القاعدة بنص المادة ٣٠٢ لائحة بمنع المعـارضة فى الحكم الذى يصدر فى الغيبة بعد المعارضة . وهذه القاعدة عامة تشمل رافع المعارضة أو المعارض ضده ، وذلك للقضاء على سبل تعطيل سير الدعوى بالتخلف عن الحضور ثم صدور الحكم غيابيا ثم الطعن عليه بالمعارضة بعد ذلك توصلا لاكتساب الوقت ، وإعنات الخصم . ولذلك تتعلق قاعدة عدم جواز المعارضة على المعارضة بالنظام العام فتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها ، بشرط أن يكون الموضوع الوارد عليه الغياب والمعارضة واحدا .

---

(١٦) العليا الشرعية جلسه ١٥ / ٤ / ١٩١٧ .

الفصل الثانى

فى الاســتئناف

الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية يسلكه المتضرر من الحكم للحصول على حكم آخر من محكمة أعلى بالغائه أو تعديله . والمستأنف باستئنافه يتضرر من قضاء محكمة أول درجة لعدم صحة ما خلص اليه قضاتهـا أيا كان سبب ذلك . والاستئناف - غير المعارضة - يرفع إلى محكمة أعلى من المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف ، حتى يتمكن المستأنف من إعادة دفاعه أمام محــكمة أعلى منزلة من التى حكمت ، لكى تعيد النظـر فى الموضــوع ، فإذا ما وجدت أن المستأنف على حق فيما يدعيه ألغت الحكم المستأنف ، وقضت لصالحه ، وإلا أيدته .

مادة ٣٠٤ - يجوز للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة أن يستأنفوا الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية .

□□□

تضمنت المادة ٣٠٤ من اللائحة قاعدة أساسية هى أن « الأصل جواز استئناف كل حكم أو قرار صادر من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية مالم يوجد نص صريح فى اللائحة على عدم جواز الاستئناف » . فيجب تطبيق هذه القاعدة كلما اشتبه الأمر فى جواز الاستئناف وعدمه للغرض الذى توخاه المشرع ؛ وهو إيثار فتح باب الاستئناف على إغلاقه تحقيقا للعدالة ومنعا لتضرر الخصوم .

والنصوص الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى باب الاستئناف هى الواجبة التطبيق فى مواد الأحوال الشخصية والوقف ، وقد قضى بان القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية إذ الغى بعض مواد

لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ ومنها مواد الفصل الثالث والرابع والخامس من الباب الخامس من الكتاب الرابع وما اشتملت عليه من أحكام خاصة بالتماس إعادة النظر وطلب تصحيح الحكم أو تفسيره والطعن فى الأحكام ممن تتعدى اليه ، بينما استبقى من بين ما استبقاه الفصلين الأول والثانى وما اشتملا عليه من أحكام خاصة بالمعارضة والاستئناف ونص فى المادة الخامسة على أن « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الأجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها ، فقد دل على أنه أراد أن يبقى استئناف الأحاكم الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية محكوما بذات القواعد التى كانت تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم لا بقواعد أخرى من قانون المرافعات ، كما دل على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تزال هى الأصل الأصيل الذى يجب التزامه ، ويتعين الرجوع إليه فى التعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام ، وضوابطه وإجراءاته . وقد جرى قضاء النقض على أن استئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية يخضع فى إجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية..

ومن المعلوم أن استئناف أحكام المحاكم الجزئية يرفع إلى المحاكم الكلية ، واستئناف الأحكام الابتدائية الصادرة من هذه يرفع إلى محاكم الاستئناف .

مادة – ٣٠٥ يجوز استئناف كل حكم أو قرار صادر فى الاختصاص أو فى الإحالة على محكمة أخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه ، أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات .

ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية بصفة انتهائية كالمبين فى المادة الخامسة من هذه اللائحة متى كانت صادرة فى موضوع الدعوى

ولو بالرفض أو بسماعها أو عدمه . ولا يجوز استئناف شيء من القرارات غير ما سبق إلا مع استئناف الحكم في أصل الدعوى .

□□□

اختلف الرأى في شأن تحديد الأحكام التي يجوز استئنافها ، فذهب فريق من أحكام القضاء إلى أن المادة ٣٠٤ لائحة وضعت قاعدة عامة تقضى بأن الأصل جواز الاستئناف مالم يمنع القانون من ذلك بنص صريح ، وأن ما جاء بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ لائحة من أنه « لا يجوز استئناف شيء من القرارات غير ما سبق إلا مع استئناف الحكم في أصل الدعوى » فلا يعتبر أصلا لأن هذه الفقرة إنما هي مسوقة لمنع استئناف القرارات غير المنهية للدعوى عدا ما سبق إلا بعد الفصل في أصل الدعوى بما ينهيها أيا كان الفصل سواء في موضوعها أم لا ، والقصد من هذا عدم إطالة أمد التقاضى بتعدد الدفوع في القضايا ، واستئناف كل قرار يصدر في دفع منها استقلالا فإن ذلك يطيل سير الدعاوى ، ويؤخر الفصل فيها زمنا طويلا . أما القرارات المنهية للدعوى فلا يشملها مدلول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ لأنها لو شملتها لكان قول المادة « إلا مع استئناف الحكم في أصل الدعوى » لغوا إذ كيف تكون القرارات منهية للدعوى ولا تستأنف إلا مع الحكم في أصل الدعوى . على أن الفقرة الأخيرة لم تمنع قبول الاستئناف بإطلاق . وفضلا عن ذلك فإن المادة ٣٠٥ نصت على أن كل حكم أو قرار جائز استئنافه إلا ما نص عليه بنص صريح . وأقصى ما يقال في فقرتها الأخيرة أن نصها محتمل أن يكون المراد به خصوص القرارات المنتهية للدعوى ، وأن يكون شاملا لكل قرار عدا ما سبق .

ويرى أصحاب هذا الرأى أن قاعدة « الأصل جواز استئناف كل حكم أو قرار ما لم يوجد نص صريح في القانون يمنع جواز الاستئناف » يجب تطبيقها كلما اشتبه الأمر في جواز الاستئناف وعدمه للغرض الذى توخاه المشرع وهو إيثار فتح باب الاستئناف على إغلاقه ، تحقيقاً للعدالة ومنعا لتضرر الخصوم .

وهناك فريق آخر يرى أن المادة ٣٠٤ قررت مبدأ عاما هو جواز استئناف الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية في غير الأحوال المستثناه بنص صريح في اللائحة . وجاءت المادة ٣٠٥ التالية لها مبينة ما اجملته تلك المادة ومقررة لتلك الأحكام السابق ذكرها ، وذلك أن مشرع

اللائحة قصد أولاً أن يشرع الاستئناف في المحاكم الشرعية بعد أن لم يكن مشروعا فيها ، وذلك لما هو معروف في الفقة أن قضاء القاضي نافذ متى استوفى شرائطه الشرعية ، ولولا ذلك لما كان هناك فائدة للمادة ٣٠٤ مع المادة ٣٠٥ التي تليها ، ولما كان هناك معنى لأن تصدر كل من المادتين كلمة « يجوز » مع أن محل الجواز فيهما واحد ، كل هذا لأنه لا يريد أن يعطى المادة ٣٠٤ أحكاماً تفصلية قد وضع لها المادة ٣٠٥ ، وأما حكمها هى فهو حكم عام القصد منه تشريع الاستئناف بوجه عام بعد أن لم يكن مشروعا . وعلى ذلك يجب أن تكون حكمة « الأحكام والقرارات » الواردة في المادة ٣٠٤ هى بعينها الأحكام والقرارات المبينة في المادة ٣٠٥ محصورة في تسعة أنواع هى :

١ - الحكم الصادر في الاختصاص . ٢ - الحكم الصادر بالإحالة .

٣ - الحكم الصادر في موضوع الدعوى بالقبول - وهذا النوع من الأحكام أخذ مقابله الذى عبر عنه في المادة بكلمة « ولو بالرفض . (١)

٤ - الحكم الصادر بالرفض . ٥ - الحكم الصادر بالسماع .

٦ - الحكم الصادر بعدم السماع (٢) .

٧ - الحكم الصادر بالنفاذ المؤقت . ٨ - الحكم الصادر برفض النفاذ المؤقت . ٩ - الحكم الصادر بعدم الفصل في أحد الطلبات . وبالتامل يظهر أن كل الأحكام القابلة للاستئناف لا تعدو هذه الأنواع التسعة ، وهى التى تنطبق عليها الحكمة من مشروعية الاستئناف .

قضى بأن الحكم الصادر بعدم جواز المعارضة لا يجوز استئنافه استقلالا لأنه ليس من بين الحالات المبينة بالمادة ٣٠٥ لائحة (٣)

---

(١) معنى « ولو بالرفض » قد يشعر بأنه لولا هذه العبارة لكان في الأمر بعض الشك بحيث كان يتسنى القول أن الرفض بسبب العجز عن الإثبات لا يسوغ النظر في الحكم نفسه بل يستلزم تجديد الدعوى مرة أخرى فأراد واضع اللائحة تجنب هاتين النتيجتين بما نص عليه في المادة ٣٠٥ ألا وهو جواز الاستئناف وإن كان الحكم صادراً بالرفض .

(٢) المراد بقول النص « كل قرار صادر بسماع الدعوى أو عدمه » هو القرار الذى يصدر بناء على دفوع حصل التمسك بها وكان من شأنها أن حالت دون النظر في الدعوى موضوعا كما لو دفع المدعى عليه بالتقادم أو بعدم تحقق الصفة في رافع الدعوى إذ من الواضح أنه لو قام الدليل على صحة تلك الدفوع اكتفت المحكمة بها وقررت « عدم سماع الدعوى » دون الخوض في الموضوع بأى حال ، أما نقيض ذلك وهو عدم قيام الدليل على صحة الدفوع فيقتضى رفض الدفع والسير في الدعوى بالطريق الشرعى إلى أن تفصل فيها موضوعيا . فالرفض يقتضى عادة أن المحكمة نظرت في الدعوى الموضوع نفسه ووجدته غير جدير بالقبول وأن الحكم بعدم سماع الدعوى يلزم منه أنها وجدت في الدفع ما حال بينها وبين الموضوع .

(٣) طعن ٤١ / ٤٧ ق س ٣١ ص ١٨٣ ح ١ .

استئناف الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية أمر جوازى للمستأنف ، فله أن يرفع استئنافا عن الحكم الصادر برفض طلباته أو عدم اجابته إلى طلباته كلها ، أو الحكم الصادر بالزامه بشيء ما ، وله أن يقبل الحكم ولا يطعن فيه بالاستئناف . وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان يجوز استئناف الحكم الصادر فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لمن قبله . فذهب رأى إلى عدم جواز استئناف الحكم بالنسبة لمن قبله تأسيسا على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم يرد بها نص فى هذا الصدد ، ومن ثم يتعين الرجوع إلى قانون المرافعات باعتباره القانون الأصلى ، وقد نص على عدم جواز الاستئناف فى هذه الحالة . وذهب رأى آخر إلى أن قبول الحكم لا يمنع من استئنافه ، وحجة هذا الرأى هى :

١ - أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم يرد بها نص يمنع الطعن فى الحكم بالاستئناف من الخصم الذى قبله . ولا يتعين الرجوع إلى قانون المرافعات فى هذا الشأن طالما أن اللائحة خلت من وجود نص يعالج هذه الحالة لأن هذه اللائحة لازالت هى الأصل الأصيل الذى يجب التزامه ، والرجوع إليه فى التعرف على أحوال استئناف الأحكام ، وضوابطه وإجراءاته .

٢ - أن باب الاستئناف فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه باب قائم بذاته فلا يصح الرجوع إلى قانون المرافعات فى إجراء يتعلق به .

٣ - الأحكام التى وردت فى باب الاستئناف فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تختلف عن تلك الأحكام التى وردت فى قانون المرافعات .

٤ - أن الحكم الصادر بناء على الإقرار يجوز استئنافه فى مسائل الأحوال الشخصية استنادا للمادة ٣٠٨ منها ، فى حين أنه لا يجوز استئنافه طبقا لقواعد قانون المرافعات مادة ٢١١ منه (٤)

غير أننا نميل إلى الرأى الذى يمنع استئناف الأحكام بالنسبة لمن قبلها ، وسندنا فى ذلك .

١ - أن المادة ٣٠٤ لائحة جعلت استئناف الأحكام أمر جوازى للخصوم ، فمن يرى منهم أن الحكم أضر به يجوز له استئنافه ، ومن يرى أن الحكم أجابه لطلبات أو لم يضر به ، وقبله على هذا الاساس ، فإنه يتعين منعه من استئناف

---

(٤) التعليق على قانون المرافعات للمستشار عز الدين الدناصورى وحامد عكاز .

الحكم ، لأن الخصوم هم أصحاب الحقوق ، وهم الذين يقدرون ما إذا كان الحكم قد صدر لصالحهم فيقبلوه أو أضر بهم فيستأنفوه ، ومن قبل الحكم يعامل على أساس قبوله .

٢ – أن اللائحة فى باب المعارضة نصت على أن لا تقبل المعارضة فى الحكم بعد الرضا به كتابة أو قبول تنفيذه . وقد ورد هذا الحكم فى باب المعارضة واكتفى المشرع بوضعه فى هذا الباب عن تكراره فى باب الاستئناف ، ومادام لا فارق بين المعارضة والاستئناف فى أن كلا منهما يصح قبول الحكم الغيابى أو الحكم الجائز استئنافه فمن فضول القول الاحتجاج بعدم ورد النص مرة أخرى فى باب الاستئناف ، ولو كان المشرع يريد قصر الأمر على المعارضة لأوضح ذلك فى تشريعه ، ولم يجعل استئناف الأحكام أمرا جوازيا على النحو الوارد بالمادتين ٣٠٤ ، ٣٠٥ لائحة .

٣ – إذا كان الحكم المبنى على الإقرار يجوز استئنافه إلا أن صدور الحكم وقبوله بعد ذلك يعتبر إجراء لاحقا يمنع قبول الاستئناف بالنسبة لهذا الحكم .

وإزاء الخلاف حول تحديد الأحكام الجائز استئنافها طبقا للمادتين ٣٠٤ ، ٣٠٥ من اللائحة الشرعية اختلفت أحكام المحاكم فى ذلك على النحو التالى :

١ – الحكم بعدم جواز المعارضة لا يجوز استئنافه . وقضى بأن النص فى المادة ٣٠٥ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية *والاجراءات المتعلقة بها على أنه* « يجوز استئناف كل حكم أو قرار صادر فى الاختصاص أو فى الإحالة على محكمة أخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه ، وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحمكة فى أحد الطلبات ، ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الجزئية بصفة انتهائية ... ولا يجوز استئناف شىء من القرارات غير ما سبق إلا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى » يدل على أن استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية يخضع للنصوص الواردة بشأنه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وفى الحالات المبينة بالمادة ٣٠٥ منها وليس من بينها الحكم بعدم جواز المعارضة الذى لا يجوز استئنافه استقلالاً . (٥)

---

(٥) طعن ٤١ / ٤٧ ق س ٣١ ص ١٨٣ ج ١ .

٢ – الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن قابل للاستئناف ويجوز استئنافه استقلالا إذا كان موضوع الدعوى الأصلية المعارض فى حكمها مما يجوز استئنافه ، لأن قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن ، فى معنى عدم سماعها ، وقرار عدم السماع يستأنف إستقلالا إذا صدر في موضوع يجوز استئنافه طبقا للماده ٣٠٥ لائحة ومع هذا إذا أريد التمسك بالألفاظ دون المعانى ولم يجعل قرار إعتبار المعارضة كأن لم تكن بمنزلة القرار بعدم السماع فإنه على كل حال لا يصح أن يطبق عليه نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ التى تقضى بعدم جواز استئناف شىء من القرارات غير ما ذكر فى هذه المادة إلا مع استئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى . وذلك لأن القرارات المقصودة من هذه الفقرة هى القرارات غير المنهية للدعوى ، ولهذا علق جواز استئنافها على استئناف الحكم في أصل الدعوى – أى على الحكم المنهي للدعوى . يضاف إلى ما ذكر أن قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن إذا لم يجعل بمعنى عدم السماع فإنه يكون غير منصوص عنه في المادة ٣٠٥ من القانون ، وعندئذ لم يطبق عليه نص المادة ٣٠٤ من القانون التى تضمنت القاعدة العامة الأصلية وهى جواز استئناف كل الأحكـام والقرارات الصادرة من مـحـكمة أول درجـة ما عــدا ما استثنى من ذلك بنص صريح فى القانونه ، ولا شك أن قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن في حكم غير نهائى لم يرد في القانون نص صريح ولا غير صريح بعدم جواز استئنافه . (٦)

٣ – الحكم بعدم قبول المعارضة شكلا فى حكم ابتدائى يجوز استئنافه استقلالا لأنه فى معنى عدم السماع ، ولا فرق بين هذا الحكم والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن (٧)

استئناف القرار بعدم قبول المعارضة مع قيام استئناف عن الحكم الغيابى إجراء واجب ، لأنه لو لم يستأنف صار الحكم نهائيا وأصبح الاستئناف عن الحكم الغيابي غير مقبول شكلا لمضي الميعاد القانوني للاستئناف وهو يبدأ من تاريخ اعتبار المعارضة غير جائزة (٨) الفرض هنا أن ميعاد الاستئناف قد انتهى من تاريخ اعتبار المعارضة غير جائز .

---

(٦) مبادىء القضاء ص ٣١١ مبدأ ٣٧ .
(٧) المبدأ السابق .
(٨) ق ١٦٦٢ / ١٩٣٩ س ك مصر مبادىء القضاء ص ٢١٤ .

٤ – الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن يجوز استئنافه عملا بالمادة ٣٠٤ لائحة . وهناك رأى بعدم جواز استئنافه عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ . إلا أن المحكمة أخذت بالرأى الذى يجيز استئناف مثل هذا الحكم ، وقبلت الاستئناف تحقيقا للعدالة . وقضت المحكمة العليا الشرعية بأن القرار باعتبار الدعوى كأن لم تكن بمثابة عدم سماع الدعوى وهذا هو الأقرب لتحقيق العداله ، وما قصد إليه القانون من إباحة الطعن بالاستئناف وإجازت استئنافه (٩)

القرار باعتبار المعارضة كأن لم تكن لا يسقط الحق فى الاستئناف متى كان ميماده لا يزال باقيا .

وقضى بأن قرار اعتبار الدعوى كأن لم تكن لا يقبل الاستئناف لأنه ليس مما تشمله المادتان ٣٠٤ ، ٣٠٥ ق ٧٨ / ١٩٣١ . لأن المادة الأولى قررت مبدأ عاما هو جواز استئناف الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية بصفة ابتدائية أو المحاكم الابتدائية فى غير الأحوال المستثناة فى اللائحة ، وجاءت المادة ٣٠٥ التالية لها مبينة ما أجملته تلك المادة ومقررة لتلك الأحكام السابق ذكرها . فمشرع اللائحة قصد أولا أن يشرع الاستئناف فى المحاكم الشرعية بعد أن لم يكن مشروعا ، على أن تكون الأحكام والقرارات المطلوب استئنافها هى بعينها الواردة فى المادة ٣٠٥ ولما كان قرار اعتبار الدعوى كأن لم تكن ليس من ضمن الأنواع القابلة للاستئناف طبقا للمادة ٣٠٥ فإنه لا يجوز استئنافه (١٠) .

٥ – القرار الصادر برفض دعوى الإرث لتجردها من المال لا يجوز استئنافه لأنه فى معنى قرار بعدم صحة الدعوى لخلوها من المال الذى هو شرط صحتها (١١)

٦ – القرار الصادر برفض الدفع بجواز سفر الأم بالصغير يجوز استئنافه . هذا القرار وإن لم يكن حكما قضائيا بالمعنى المفهوم من الحكم – وهو الزام المحكوم عليه بشىء معين – إلا أنه يقبل الاستئناف مادامت المحكمة قد اعتبرته فصلا فى موضوع الدعوى المطروحه أمامها لاتصاله بسبب من أسبابها

---

(٩) ق ٤٦ / ١٩٥٢ العليا الشرعية مبادىء القضاء ص ٢١٣ .
(١٠) ق ٥٦٤ / ١٩٣١ س ك اسكندرية مبادىء القضاء ص ٢١٨ .
(١١) ١٨ / ١٩٣١ العليا الشرعية – مبادىء القضاء ص ٢١٩ .

مـادام قد قصد به الحكم فى قضية تتعلق بمسألة من المسائل التى يكون الحكم فيها قابلا للاستئناف (١٢)

٧ – القرار الصادر بعدم صحة الدعوى لا يجوز استئنافه ، لأنه قرار فى غير الموضوع (١٣)

الطلب الذى لم تفصل فيه محكمة أول درجة .

اجازت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ لائحة استئناف الطلب الذى لم تفصل فيه محكمة أول درجة وقد بينت المذكرة الايضاحية أنه إذا أغفلت محكمة أول درجة الفصل فى أحد الطلبات – كان المتبع فى المحاكم الشرعية أن يعيد المدعى رفع الدعوى بهذا الطلب ، وما كان يجوز استئناف عدم الفصل فى الطلب ، فأجيز استئنـــافه بالمادة ٣٠٥ على مبدأ أن الغلط بعدم الفصــل فى الطلب كالفصل فيه على وجه غلط ، ولكيلا يكلف المدعى تكرار الاجراءات بإعادة رفع الدعوى به من جديد .

وقد قضى بأن النص فى عجز الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ من اللائحة « وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات » يدل على أن المشرع راعى فى مسائل الأحوال الشخصية أن المصلحة المتوخـاة من التقاضى على درجتين تتضاءل أمام المصلحة المتمثلة فى سرعة الفصل فى المنازعات الشرعية واستقرار الأحوال ، وعدم إعنات الخصوم ولذلك أجاز الاستئناف إذا لم تفصل محكمة أول درجة فى أحد طلبات المدعى على الرغم من أن هذه المحكمة لم تعرض لموضوع الطلب أوتفصل فيه . وكذلك الحال إذا تضمنت صحيفة الدعوى طلبين للمدعى أحدهما أصلى والآخر احتياطى وفصلت محكمة أول درجة فى الطلب الأصلى دون أن تفصل فى الطلب الاحتياطى أو تتعرض له ففى هذه الحالة إذا استؤنف الحكم والغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة فيما قضى به فى الطلب الأصلى كان لمحكمة الاستئناف أن تتعرض للطلب الاحتياطى وتفصل فيه دون أن تخل بمبدأ التقاضى على درجتين . وقد قضى بأن النص فى عجز المادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحـد الطلبات » وفى الفقــرة

---

(١٢) مبادىء القضاء ص ٢١٩ .

(١٣) « « ص ٢٢٦ .

الثالثة من المادة ٣١٧ على أنه « ثم تحكم المحكمة بعد نظر الدعوى طبقا للمنهج الشرعى إما بتأييد الحكم المستأنف أو بالغائه أو بتعديله » وفى الفقرة الأولى من المادة ٣٢٢ على أنه « إذا قررت محكمة الاستئناف الغاء حكم صادر فى الاختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى ، وكانت القضية صالحة للفصل فى موضوعها لا تردها إلى محكمة أول درجة بل تفصل فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى » يدل على أن المشرع راعى فى مسائل الأحوال الشخصية أن المصلحة المتوخاه من التقاضى على درجتين تتضاءل أمام المصلحة المتمثلة فى سرعة الفصل فى المنازعات الشرعية واستقرار الأحوال وعدم إعنات الخصوم الأمر الذى تأباه إعادة القضية إلى محكمة أول درجة بعد وصولها إلى محكمة الاستئناف ، لذلك عهد إلى هذه المحكمة - محكمة الاستئناف - بالفصل فى الطلب الذى كان معروضا على محكمة أول درجة ولم تفصل فيه ، وكذلك الفصل فى موضوع القضية حينما تلغى حكما بعدم الاختصاص أو إحالة القضية إلى محكمة أخرى الذى كان قد منع محكمة أول درجة من القضاء فى الموضوع ، وبناء على ذلك يكون لمحكمة الاستئناف عند الغائها الحكم الصادر فى الطلب الأصلى التصدى للفصل فى الطلب الاحتياطى الذى استغنت محكمة أول درجة عن الفصل فيه . (١٤)

الفقرة الاخيرة من المادة ٣٠٥ نصت على أحكام وقرارات لا يجوز استئنافها منها ما هو داخل تحت الأحكام والقرارات التى يجوز استئنافها إلا أن المشرع استثناها وقرر عدم جواز استئنافها لحكمة اقتضت ذلك وهذه الأحكام هى :

١ - الأحكام والقرارات الصادرة فى موضوع الدعوى بالقبول أو الرفض أو بسماعها أو عدمه من المحاكم الجزئية بصفة انتهائية . هذه الأحكام والقرارات لا يجوز استئنافها . فقد قضى بأنه إذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة لها على زوجها أو مطلقها ، ولم تطلب مقادير تستأنف ، وتقرر رفض دعواها كان هذا القرار نهائيا لا يجوز استئنافه . كما قضى بأنه متى كان المحكوم لها لم تطلب الحكم بقدر معين - لبدل الفراش والغطاء المحكوم لها به - فإن الحكم المستأنف بناء على ذلك يكون نهائيا لا يجوز استئنافه لأنه لم يطلب الحكم بأكثر من ثلاثمائة قرش فى الشهر ، ولم يحكم بأكثر من هذا القدر شهريا . كما قضى بأنه إذا كان المطلوب رده من الصداق لا يزيد على ٢٠ج ولا يتجاوز مجموع

(١٤) طعن رقم ١٨ / ٥٨ ق احوال جلسه ١٩ / ١٢ / ١٩٨٩ .

الصداق مائه جنيه كان الحكم فى موضوعه نهائيا . كما قضى بأن الحكم المبنى على الصلح حكم نهائى لا يجوز استئنافه . وأن الطلب الارتجالى بمقادير كبيرة للنفقة لا يعتبر طلبا جديا ينقل الدعوى من النوع النهائى إلى الذى يستأنف .

٢ - الأحكام الصادرة من محاكم سيوه والعريش والقصير والواحات . هذه الأحكام نصت المادة السابعة من اللائحة على أن « تختص المحاكم الجزئية فى سيوه والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم فى جميع المواد المنصوص عليها فى المادتين السابقتين وفى جميع المواد الشرعية الأخرى التى هى من اختصاص المحاكم الابتدائية ، كما هو مبين فى المادة الثامنة الآتية . ويكون حكمها فى جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة فى الأحوال المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة .

٣ - هناك أحكام وقرارات - ليست داخلة تحت نوع من الأنواع السالفة - إلا أن الشارع نص صريحا على عدم جواز استئنافها ، لأنه لم يكن داخلا فى الأحكام القابلة للاستئناف إلا أنه لماله من الأهمية قد يتردد القضاء فى عدم جواز استئنافه ، وهذه هى الأحكام التى نصت اللائحة فى مواضع متفرقة على عدم جواز استئنافها كالحكم الصادر برفض قبول الخصم الثالث . والحكم الصادر فى الإشكال الحاصل فى التنفيذ وهى المقصودة من قول المادة ٣٠٤ الأحوال المستثناه بنص صريح « أما ماعدا كل ما ذكر من الأحكام القابلة للاستئناف فلا يجوز استئنافه كقرارات التأجيل وقرارات وقف السير ، وقرارات الشطب ، وقرارات اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، هذا فضلا عن أنها لم تدخل ضمن الأنواع القابلة للاستئناف ، فإن المشرع لم يتركها عند ذلك بل صرح فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ بأنه لا يجوز استئنافها .

المادة ٣٠٥ لائحة التى تجيز استئناف كل حكم أو قرار صادر فى الإختصاص أو بسماع الدعوى أو عدمه لا ينسحب أثرها إلا على الاستئناف وحده ، ولا يمتد حكمها إلى حالات الطعن بطريق النقض لأنه لا نظير لها فى الأحكام الخاصة بالنقض (١٥)

القرار الصادر بالنفاذ المؤقت ، والقرار الصادر برفض طلب النفاذ المؤقت يجوز استئنافه على حدة (المذكره الايضـاحية لنص المادة ٣٠٥) ويجب على المحـكمة

(١٥) طعن ٢٣ / ٣٦ ق س ٢٢ ص ٩٣١ .

الاســتئنافيه الفصل فى اســــتئناف هذين القرارين على وجه الاســــتعجال (مادة ٢١٨) .

مادة - ٣٠٦ استئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى يترتب عليه استئناف جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها فى أثناء السير فى الدعوى ولم يكن سبق استئنافها .

□□□

الاستئناف ليس خصومة جديدة بل هو امتداد للخصومة الأولى ومتمم لها وعلى ذلك فاستئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى يترتب عليه طرح النزاع فى كل ما قضت فيه الأحكام القطعية والأحكام المتعلقة باجراءات الإثبات ونحوها التى سبق صدورها فى أثناء السير فى الدعوى ، ولو كانت هذه الأحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى بدون حاجة إلى استئناف الأحكام الصادرة برفضها قبل الفصل فى الموضوع ، وذلك كله ما لم يكن قد سبق استئنافها ، أو قبلها الخصم قبولا صريحا .

الأحكام التى تستأنف مع الحكم الصادر فى أصل الدعوى هى الأحكام التى لم تنه النزاع ، ولو كانت من الجائز استئنافها استقلالا ، مادامت لم تستأنف بعد لأن حق الاستئناف على استقلال - فى هذه الحالة - رخصة أعطيت للمتظلم من الحكم فإن رأى مصلحته فى التعجيل برفع الاستئناف فعل ، وإن رأى التريث لحين صدور الحكم فى موضوع النزاع كان له ذلك دون أن يسقط حقه فى استئنافه (١٦) فقد نصت المادة ٣٠٦ فى عجزها بعبارة « ولم يكن سبق استئنافها » وهى تدل على جواز استئناف جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها على استقلال ، غير أن هذا الجواز شرطه أن تكون هذه الأحكام والقرارات التى سبق صدورها ، قد فصلت فى أمر معين فى النزاع ، ويتضرر منه المحكوم ضده أى تقبل الطعن المباشر .

هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠٥ نصت على عدم جواز استئناف القرارات غير ما سبق ذكره بها إلا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى ، بمعنى أنه لا يجــوز

---

(١٦) عشماوى ص ٨٩٠ .

استئنافها استقلالا حتى لا تعرقل سير الدعـوى باستئنافات مستقلة الواحـد تلو الآخر حالة كون الغرض منها فى الغالب تهيئة الحكم فى الدعوى . وهذه الأحكام هى الأحكـام التمهيدية وقد أطلق عليها شراح اللائحة « الاستئنافات بالواسطة » (١٧) .

الحكم الصادر فى دعوى التزوير الفرعية ليس من الأحكام التى يجوز استئنافها استقلالا وقبل الفصل فى أصل الدعوى . وقد قضى بأن نصوص المواد ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ لائحة تدل على أن المشرع وإن كان قد وضع فى المادة ٣٠٤ قاعدة عامة مؤداها أن الأصل هو جواز استئناف جميع الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الكلية بصفة ابتدائية ، إلا أنه حدد فى المادة التالية هذه الأحكام والقرارات وبينها بيان حصر ، فأفصح عن أنه لا يجوز استئناف ما عداها على وجه الاستقلال إلا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى تبسيطا للأوضاع ومنعا من تقطيع أوصال القضية . ولما كان الحكم الصادر فى دعوى التزوير الفرعية ليس من الأحكام التى يجوز استئنافها على استقلال قبل الفصل فى أصل الدعوى لخروج التزوير من عداد المسائل التى تقبل الطعن المباشر والوارد على سبيل الحصر فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية ، فلا يجوز استئنافه إلا مع استئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى ، وفقا للفقرة الأخيرة من هذه الدعوى (١٨)

مادة - ٣٠٧ - ميعاد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية خمسة عشر يوما كاملة ، وميعاد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الكلية الابتدائية ثلاثون يوما كـذلك .

□□□

المواعيد المقررة فى المرافعات من المسائل الوضعية التى لا ارتباط لها بالنصوص الفقهية ، ولذلك يجب الوقوف عند ما تقرر فيها . والمشرع إذ يحدد المواعيد الإجرائية إنما يحددها تحديداً جامداً ، ورغم ذلك يجب احترام الميعاد الذى حـــدده .

---

(١٧) شرح اللائحة للاستاذين أحمد قمحه وعبد الفتاح السيد .
(١٨) طعن٤ / ٤١ ق س ٢٦ ص ١٠٣٤ .

والمواعيد فى فقه المرافعات تنقسم ثلاثة أقسام :

الأول : مواعيد كاملة . هذه المواعيد يجب أن تنقضى بأكملهاقبل القيام بالعمل . فيجب على الخصم الذى حدد له المشرع هذا الميعاد الكامل أن ينتظر حتى ينقض الميعاد بأكمله . ومثل هذا الميعاد ما نصت عليه المادة ٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن ميعاد الحضور على الأقل ثلاثة أيام فى القضايا الجزئية وستة أيام فى القضايا الكلية والمستأنفة غير يوم تسليم الصورة ويوم الحضور فميعاد الحضور إذن من المواعيد الكاملة التى يجب أن تنقضى قبل حضور الخصم أمام المحكمة ويكون القيام بالعمل فى اليوم التالى لانقضاء آخر يوم فيه .

ويكون الميعاد كاملا إذا استبعد منه اليوم الذى حصل فيه الإعلان وكذلك اليوم المقتضى إجراء العمل فيه لحضور الجلسة مثلا .

الثانى : مواعيد ناقصة : هذه المواعيد حددها المشرع ليتم العمل خلالها فلا يستفيد الخصم من الميعاد بأكمله ، لأنه يتمين عليه القيام بالإجراء على الأكثر فى آخر يوم فى الميعاد . ومن امثلة هذه المواعيد ما نصت عليه اللائحة الشرعية فى مادتها ٣٢٥ من أن « المعارضة فى الأحكام الاستئنافيه الصادرة فى الغيبة يلزم تقديمها فى ظرف الأيام العشرة التالية لاعلان تلك الأحكام وإلا سقط الحق فيها » وما نصت عليه المادة ٣٢٧ من أنه يجوز لكل ذى شأن أن يستأنف التصرف فى الأوقاف الصادر من المحكمة الشرعية الابتدائية بصفة ابتدائيه فى ظرف ثلاثين يوما بالأكثر من يوم صدور التعرف » .

الثالث : هناك مواعيد يجب أن يتم العمل قبل بدئها . وقد بين قانون المرافعات مثالا لها هو وجوب التقرير بالاعتراض على قائمة شروط البيع قبل الجلسة بثلاثه أيام على الأقل .

بالنسبة لميعاد الاستئناف المنصوص عليه فى المادة ٣٠٧ من اللائحة - اختلفت المحاكم فى تحديده . فذهب البعض إلى أن هذا الميعاد كامل رخص به المشرع للخصم ليستعد للدفاع عن حقه ، وهو يستفيد به كاملا ، فيجوز للخصم أن يباشر رفع الاستئناف فى أى يوم من أيام الميعاد ، وله أن يباشره فى أول يوم تال لانتهاء الميعاد ، وهو بذلك يستفيد بالميعاد كاملا كما ورد النص عليه . وقال أصحاب هذا الرأى أن ما يوهمه النص من أن هذا الميعاد ظرف لرفع الاستئناف بحيث لا يقبل قانونا إلا إذا قدم فى هذا الظرف فهو خلاف

ما يقصده المشرع ، لأن تعبيره في المادة بجمله « ميعاد استئناف الأحكام ... خمسة عشر يوما كامله ... وثلاثون يوما كذلك » يخالف التعبير بأن ميعاد استئناف الأحكام في خمسة عشر يوم « بزيادة حرف « في » لأن هذه العبارة تفيد وجوب تقديم الاستئناف في مدة الخمسة عشر يوما ، أما العبارة الأولى فلا تقتضي ذلك ، مما يتعين معه أن يكون الميعاد كاملا ، فإذا مر هذا الميعاد كاملا كان للمستأنف أن يرفع استئنافه في أول يـــوم تال لآخر ميعـــاد الخمسة عشر يوما .

ذهب البعض إلى أن الميعاد ظرف للاستئناف بحيث لا يقبل قانونا إلا إذا قدم في هذا الظرف . وقد استبعد أصحاب هذا الرأى اليوم الذى يقع فيه الاجراء الذى يبدأ به ميعاد الاستئناف ، إلا أنه يتعين أن يتم رفع الاستئناف قبل انتهاء اليوم الأخير من الميعاد .

والرأى الأخير هو الأقرب إلى فقه المسألة - لأن فقهاء اللائحة قرروا بأنه إذا دق الأمر في معرفة حكم خاص بالاجراءات رجعوا فيه إلى فقهاء المرافعات حتى يتبينوا حقيقته . ومما لا خلاف فيه أن ميعاد الاستئناف من المواعيد التي يجب أن يتم الإجراء خلالها ، فإذا حدد الميعاد بالأيام فلا يدخل في حسابه اليوم الذى تم فيه العمل أو الواقعة التي تكـــون بداية الميعـــــاد ، وأن اليوم الأخير من الميعـــــاد ينتهي به ويدخل في حسابه . وبذلك يكون مقصود المشرع من لفظ « كاملة » الواردة بنص المادة ٢٠٧ هو أن يكون اليوم الأخير صالحا لمباشرة الاجراء ، فإذا جاء يوما تتعطل فيه الأعمال بالمحاكم امتد الميعاد إلى اليوم التالى حتى يكون الميعاد كاملا . وبغير هذا يكون الرأى الأول قد أجاز رفع الاستئناف بعد فوات ميعاده ، إذ أضاف له يوما آخر كاملا عندما أجاز الاستئناف في اليوم التالى لانقضاء ميعاد الاستئناف ، وخالف قاعدة مقررة هي أن مواعيد الطعن في الأحكام من النظام العام .

ميعاد استئناف الأحـــكام الصادرة من المحاكم الجـــزئية هو خمسة عشر يوماً كـــاملة .

وميعاد استئناف الأحكام الكلية الابتدائية هو ثلاثون يوما كاملة أيضا ، ومعنى كاملة أن يستفيد المستأنف بهذا الميعاد كاملا ولو جاء آخر يوم فيه عطلة رسمية . امتد الميعاد الى أول يوم عمل .

فإذا كان ميعاد استئناف الحكم يبدأ من يوم إعلانه ، وكان الحكم صادرا من محكمة جزئية - ويجوز استئنافه - وأعلن في يوم واحد من الشهر فإن هذا اليوم لا يحسب في ميعاد الاستئناف وانما يكون للمحكوم ميعادا كاملا مقداره خمسة عشر يوما تنتهي بانتهاء اليوم السادس عشر من الشهر ويكون للمحكوم عليه أن يستأنف الحكم في خلال هذا الميعاد ، فإذا انقضى الميعاد بانتهاء اليوم السادس عشر دون رفع الاستئناف سقط حق المستأنف في استئنافه .

وكذلك الحال فيما إذا كان الحكم صادراً من محكمة ابتدائية فإن المحكوم عليه يكون له ميعاد كامل مقدار ثلاثون يوما ، وينتهي بانتهاء اليوم الأخير .

ميعاد الاستئناف من النظام العام ، ويجب على المحكمة بحثه من تلقاء نفسها لمعرفه ما إذا كان الاستئناف قد رفع في الميعاد ومن ثم مقبولا شكلا أم لا .

ومواعيد الطعن مواعيد سقوط بمعنى أن انقضاءها دون اتخاذ إجراء الطعن يسقط الحق فيه . ومن ثم لا تتوقف ممارسة هذا الحق على بدء سريان الميعاد ، وإنما يجوز الطعن فور صدور الحكم ولو لم يكن ميعاد السقوط قد بدأ بعد .

هذا ويجب إضافة ميعاد مسافة بين موطن المستأنف ومقر المحكمة الاستئنافية ذلك أن المادة الخامسة من االقانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليه نصت على أن « تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها » مفاده أن أحكام قانون المرافعات هي الأصل الأصيل الواجب تطبيقة على الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف مما لم يرد بشأنه نص خاص فيما استبقاه المشرع من مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ ، وإذ لا تتضمن هذه المواد نصا على ميعاد للمسافة يجب إضافته إلى الميعاد الأصلي للعمل الاجرائي ، كما لا تتضمن نصا مانعا من ذلك ، فإن أحكام قانون المرافعات في هذا الخصوص هي الواجبة التطبيق على إجراءات التداعي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، ولما كانت المادة ١٦ من قانون المرافعات تنص على أنه « إذا كان الميعاد معينا في القانون للحضور أو المباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على

الثلاثين كيلو متـــرا يزاد له يوم على الميعـــاد ، ولا يجوز أن يجـاوز ميعاد المسافة أربعة أيام » فـــإن المسافة بين موطن المستأنف ومقر المحكمة إذا كانت تزيد على خمسين كيلو متر فإنها توجب إضافة ميعاد مسافة على النحو المبين بالمادة ١٦ سالفة الذكر (١٩)

استئناف النيابة العامة

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ / ٥٥ ببعض الإجراءات فى قضاء الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ على ما يأتى :

« يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ المشار اليه »

« وعليها أن تتدخل فى كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو الوقف وإلا كان الحكم باطلا » .

« ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية » .

ونصت المادة الثانية على ما يأتى :

« فى الأحوال التى يجوز فيها استئناف الأحكام والقرارات الصادرة فى القضايا المشار إليها فى الفقرة الثانية من المادة السابقة يجوز للنيابة العامة الطعن بهذا الطريق طبقا لما نص عليه فى المادتين ٨٧٥ ، ٧٨٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية »

ونصت المادة ٨٧٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن « ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضوريا ، أو من تاريخ انتهاء ميعاد المعارضة ، أو من اليوم الذى يحكم فيه باعتبار المعارضة كأن لم تكن إذا كان الحكم غيابيا »

ونصت المادة ٨٧٧ من قانون المرافعات على أن « ترفع المعارضة أو الاستئناف بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وتتبع فى تحديد الجلسة ودعوة ذوى الشأن اليها ما نص عليه فى المادة ٨٧٠ »

ونصت المادة ٨٧٠ على أن « يحدد رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية جلسة لنظر الطلب أمام المحكمة ويعين الاشخاص الذين يدعون إليهـــا

---

(١٩) س ٣٢ ص ٢٤٧٩ .

ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور ويجب أن تشتمل الورقة على ملخص الطلب »

ونصت المادة الثالثة من القانون ٦٢٨ / ١٩٥٥ على ما يأتى

« للخصوم وللنيابة العامه الطعن بطريق النقض فى الأحكام والقرارات المشار إليها فى المادة السابقة ، وذلك طبقا لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية » (٢٠)

ونصت المادة ٨٨ من قانون المرافعات على أنه « فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل فى الحالات الأتية : ١- .... ٢ - .... ٣ - كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها » .

ويبين من النصوص السابقة أن المشرع استهدف بإصدار القانون ٦٢٨ / ١٩٥٥ تنظيم تدخل النيابة العامة فى القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ ، وأنه منذ صدوره ، أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية حيث اوجب تدخلها فيها ، ورتب على عدم تدخلها فى هذه القضايا بطلان الحكم الصادر فيها . وخول القاون للنيابة العامة

(٢٠) المادتان ٨٨١ ، ٨٨٢ من قانون المرافعات الغيتا بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٥٧ / ١٩٥٩ بشأن حالات واجراءات الطعن بالنقض ، واوجبت المادة ٢٩ منه اتباع القواعد والاجراءات العامة المتبعة فى النقض فى المواد المدنية بصدد القرارات والأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بقصد تفادى التفرقة فى الأجراءات والمواعيد بين مسائل الأحوال الشخصية وبين المسائل المدنية والتجارية . ولما صدر قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ / ١٩٦٥ والغى نظام دوائر فحص الطعون - ذلك النظام الذى كان قد استحدثه القانون رقم ٤٠١ / ١٩٥٥ - نص فى المادة ٣ / ٢ منه على أن « تتبع الاجراءات التى كان معمولا بها قبل انشاء دوائر فحص الطعون » ، وبذا خلقت من جديد المادتان ٨٨١ ، ٨٨٢ على النحو الذى كانتا عليه قبل تعديلهما بمقتضى القانون ٤٠١ / ١٩٥٥ ذلك القانون الذى خلف نظام دوائر فحص الطعون . ثم صدر القانون رقم ٤ / ٢٩٦٧ الذى عدل المادة ٣ / ٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ / ١٩٦٥ على النحو التالى « وتتبع الاجراءات والمواعيد التى كان معمولا بها قبل انشاء دوائر فحص الطعون ..... » وقد ابقى قانون المرافعات الجديد فى المادة الأولى من مواد اصدارة الكتاب الرابع من القانون السابق - من المادة ٨٦٨ حتى المادة ١٠٣٢ - فإنه بذلك يكون قد أبقى هذه المواد على النحو الذى هى عليه عند اصداره ، وعند اصداره كانت المادتان ٨٨١ ، ٨٨٢ على النحو المفقود . التعليق على نصوص المرافعات للدكتور احمد ابو الوفى .

ما للخصـــوم من حق الطعن بطريق الاستئناف والنقض فى الأحكـــام والقرارات الصادرة فى كل قضية - يجب تدخلها فيها وتتعلق بالأحوال الشخصية والوقف .

ميعاد استئناف النيابة العامة

فى قضايا الأحوال الشخصية التى يوجب القانون تدخل النيابة فيها ، لا يكون الحكم بالنسبة لها إلا حضوريا ، ولذا يكون ميعاد الاستئناف بالنسبة لهذه القضايا خمسة عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم . وإذا كان الحكم الصادر فى الدعوى غيابيا ، فإن ميعاد الاستئناف بالنسبة للنيابة العامة يبدأ من تاريخ انتهاء المعارضة فى هذا الحكم . وتنتهى المعارضة بانتهاء مدة المعارضة – وهى ثلاثة أيام كاملة من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية – مادة ٢٩٣ لائحة .

رفع الاستئناف من النيابة العامه .

استئناف النيابة العامة يكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم . ولم يستلزم المشرع أن يتضمن التقرير أسبابا للطعن بالاستئناف .

تحديد الجلسة .

يتولى رئيس المحكمة تحديد جلسة لنظر الطعن أمام المحكمة ، ودعوة ذى الشأن إليها . ويقوم قلم الكتاب بإعلان تقرير الاستئناف لذى الشأن . وقد قضى بأن المشـرع حدد الصورة التى يرفع بها الاستئناف ، فنص على أن يكون بتقرير ، ولم يستلزم أن يتضمن هذا التقرير أسبابا كما فعل فى المادة ٨٦٩ مرافعات . كما أن إحالة المادة ٨٧٧ على المادة ٨٧٠ مرافعات قاصر على أمرين هما تحديد الجلسة ودعوة ذوى الشأن إليها ، أما ما نص عليه المشرع فى المادة الأخيرة من أن ورقة التكليف بالحضور يجب أن تشتمل على ملخص الطلب فلا قياس عليه بالنسبة للاستئناف تبعا لأن الشارع لا يتطلب مع التقرير بالاستئناف اسبابا على ما سبق القول (٢١)

نظر استئناف النيابة العامه

ينظر استئناف النيابة العامة فى غرفة مشورة ، أى تنعقد المحكمة فى غرفة مشورة ، وذلك على خلاف الأصل المقرر من أن جلسات المحاكم علنية .

---

(٢١) طعن ٢٧ / ٤٠ ق س ٢٥ ص ١٤٢٢ .

مادة - ٢٠٨ يبتدئ ميعاد استئناف الأحكام الصادرة فى مواجهة الخصوم ، وكذلك الحكم المبنى على الإقرار من يوم صدورها .

ويبتدئ ميعاد استئناف الأحكام المعتبرة كذلك من يوم إعلانها .

ويبتدئ ميعاد استئناف الأحكام الغيابية من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة .

ويجوز الاستئناف فى مدة المعارضة ، وحينئذ يسقط الحق فيها .

ويبتدئ ميعاد استئناف الأحكام التى تصدر فى المعارضة من يوم إعلانها إن لم تكن صادرة فى مواجهة الخصوم .

□□□

بينت المادة ٣٠٨ بدء مواعيد الاستئناف على النحو التالى .

أولا : أحكام يبدأ ميعاد استئنافها من يوم صدور الحكم وهذه الأحكام هى :

١ - الأحكام الصادرة فى مواجهة الخصوم ٣٠٨ / ١

٢ - الحكم المبنى على الإقرار ٣٠٨ / ١

٣ - الأحكام التى تصدر فى المعارضة إذا كانت صادرة فى مواجهة الخصوم ومؤدى ذلك أن الأحكام الحضورية حقيقة لا تحتاج إلى إعلان لسريان ميعاد الاستئناف ، بل يبتدئ من نفسه عقب صدور الحكم . لأن المحكوم عليه ليس فى حاجة إلى الإعلان للعلم بما قُضى به عليه .

ولعل تخصيص الحكم المبنى على الإقرار بالذكر فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ أريد به دفع ما قد يتوهم من أن الإقرار يحول دون الاستئناف .

ثانيا : أحكام يبدأ ميعاد استئنافها من يوم إعلان الحكم . وهذه الأحكام هى:

١ - الحكم المعتبر حضوريا ٣٠٨ / ٢ .

٢ - الحكم الصادر فى غير مواجهة الخصم ٣٠٨ فقرة أخيرة . ونصت المادة ٣٠٢ لائحة على أن « الحكم الذى يصدر فى الغيبة بعد المعارضة لا تقبل فيه المعارضة مطلقا ولكن يجوز استئنافه » وقضت المحكمة العليا الشرعية بأن ميعاد استئناف الأحكام المعتبرة حضورية يبتدئ من يوم إعلانها للمحكوم

عليه (٢٢) كما قضت بأن رفع المحكوم عليه حكما معتبرا حضوريا استئنافا عن هذا الحكم ، واعتبار هذا الاستئناف كأن لم يكن كاف لعلمه بالحكم من تاريخ ذلك الاستئناف ولا يقبل منه استئناف آخر بحجة أن الحكم لم يعلن اليه (٢٣)

السبب فى بدء ميعاد الاستئناف من يوم إعلان الحكم هنا ، أن الحكم صدر فى الواقع فى جلسة ربما لا يكون المحكوم عليه قد علم بها .

ميعاد استئناف الأحكام الصادرة فى المعارضة باعتبارها كأن لم تكن .

اختلفت أحكام المحاكم فى اليوم الذى يبدأ به ميعاد استئناف الأحكام الصادرة باعتبار المعارضة كأن لم تكن . وكان سبب الخلاف هو الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٨ التى يجرى نصها بأن « يبتدئ ميعاد استئناف الأحكام الغيابية من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزه » فذهبت بعض الأحكام إلى أن ميعاد الاستئناف فى هذه الحالة يبدأ من اليوم (٢٤) الذى قضى فيه باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، وسند هذا الرأى أنه فى اليوم الذى تعتبر فيه المعارضة كأن لم تكن ، تصبح غير جائزة بحكم المادة ٣٠٢ لائحة التى تنص على أنه « إذا لم يحضر المعارض فى جلسة المعارضة اعتبرت معارضته كأن لم تكن ولم يبق له إلا الاستئناف فى ميعاده . وميعاد الاستئناف يبدأ احتسابه من اليوم التالى لليوم الذى صدر فيه الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن .

وذهبت رأى آخر إلى أن ميعاد استئناف الحكم الصادر فى المعارضة باعتبارها كأن لم تكن ، يبدأ من اليوم الرابع من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ؛ لأنه اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة ، لأن المادة ٢٩٣ جعلت مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ الإعلان بالصورة التنفيذية ، والمادة ٣٠٠ نصت على أن المعارض ترفض إذا قدمت بعد الميعاد المقرر لرفعها ، وبمضى مدة المعارضة تصبح المعارضة غير جائزة ، وميعاد استئناف الأحكام الغيابية – بحكم المادة ٣٠٨ – يبدأ من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة ، وهو

(٢٢) ٣٠٢ / ١٩٣٩ العليا الشرعية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٣٠ .

(٢٣) ٤٥ / ١٩٣٧ » » » ٢٦ / ٤ / ١٩٣٨ .

(٢٤) أى اليوم التالى لصدور الحكم باعتبار المعارضة كأن لم يكن .

فى هذه الحالة اليوم الرابع من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية . ويضيف

اصحاب هذا الرأى إلى أن اعتبار المعارضة كأن لم تكن يسقط كل الحقوق التى اكتسبها المعارض والتى من ضمنها قطع ميعاد الاستئناف . وطبقا لهذا الرأى يحتسب ميعاد الاستئناف من اليوم الرابع من تاريخ الأعلان بالصورة التنفيذية ، بمعنى أنه لم يكن هنا معارضة من المعارض ، ورفعت فى الميعاد ، لأن المعارضة فى نظر هذا الرأى - بالقضاء فيها باعتبارها كأن لم تكن - يسقط كل الحقوق التى اكتسبها المعارض ومن ضمنها قطع ميعاد الاستئناف ، ويعود احتساب ميعاده من اليوم الرابع لأعلان الصورة التنفيذية .

والرأى الأخير وأن جرى عليه أغلب محاكم الأحوال الشخصية إلا أنه محل نظر للاسبابا الآتيه :

١ - أن المادة ٣٠٢ لائحة نصت على أنه « إذا لم يحضر المعارض فى جلسة المعارضة اعتبرت معارضته كأن لم تكن ، ولم يبق له إلا الاستئناف فى ميعاده » وعبارة « ميعاده » المقصود منها ميعاد الاستئناف طبقا للقاعدة العادة التى نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٨ لائحة بقولها « ويبتدئ ميعاد استئناف الأحكام التى تصدر فى المعارضة من يوم إعلانها إن لم تكن صادرة فى مواجهة الخصوم » والحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، هو حكم صادر فى المعارضة ولذلك يبدأ ميعاد استئنافه من اليوم التالى لإعلانه إذا لم يكن صادرا فى مواجهة المعارض ضده أما إذا كان صادرا فى مواجهته فيبدأ فيعاد استئنافه من اليوم التالى لصدوره . أما بالنسبة للمعارض فيبدأ ميعاد استئناف هذا الحكم من اليوم التالى لصدوره ، إذ نصت المادة ٣٠٢ على أنه لم يبق له إلا الاستئناف فى ميعاده ، والضمير فى « ميعاده » عائد على الأستئناف .

٢ - القول بأن الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن يسقط كل الحقوق التى اكتسبها المعارض من معارضته - ومنها قطع المعارضة لميعاد الاستئناف - قول لا سند له من اللائحة . لأن مفهوم المادة ٣٠٢ أن ميعاد الاستئناف من اليوم الذى يبدأ من اليوم الذى صدر فيه الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن على النحو السابق . وفضلا عن ذلك فإن المشرع طبقا لهذه المادة الأخيرة (٣٠٢) أوقع جزاءا على المعارض الذى تخلف عن الحضور فى جلسة المعارضة باعتبار معارضته كأن لم تكن وذلك بالنص الصريح ، وهذا الجزاء فى نظر المشرع كاف لردع المعارض الذى تخلف عن مباشرة معارضته أما إن المشرع اراد أن يوقع عليه جزاءا آخر هو احتساب ميعاد استئناف الحكم من اليوم

الرابع لاعــلان الصورة التنفيذية فهذا لم يرد به نص فى اللائحة صراحة أو دلالة ، لأن المشرع لم يضع جزاءين على عمل واحد .

٣ – المعارضة لها إجراءات فى اللائحة – لرفعها وإعلانها والحكم فيها – وهذه الإجراءات – بلا جدال – تستغرق وقتا قد يزيد عن ميعاد الاستئناف ، فإذا جاء المشرع وقال إن المعارض الذى يقضى باعتبار معارضته كأن لم تكن يبدأ ميعاد استئنافه من اليوم الرابع لاعلان الصورة التنفيذية فإن قوله هذا هو والعبث سواء ، وحاشا لمشرع البلاد أن يقع فى مثل هذا العبث .

٤ – القول بأن المادة ٣٠٠ لائحة نصت على رفض المعارضة لرفعها بعد الميعاد ، وأن مضى هذا الميعاد يجعل المعارضة غير جائز ، وأن ميعاد استئناف الحكم الغيابى يبدأ من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة – وهذا الميعاد هو اليوم الرابع من تاريخ إعلان الصورة التنفيذية – استدلال فى غير محله لأن المعارضة تعتبر غير جائزة إذا مضت مدة المعارضة دون الطعن على الحكم الغيابى بالمعارضة ، وفى هذه الحالة يظل الحكم الغيابى – وحده – موجودا وقائما ، وهو محل الاستئناف ، فيبدأ ميعاد استئنافه من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة ، وهو اليوم الرابع لإعلان الصورة التنفيذية . أما إذا عارض المحكوم عليه فى الحكم الغيابى – وقضى باعتبار معارضته كأن لم يكن – فإن الحكم الغيابى لم يعد وحده هو محل الاستئناف وإنما انضم اليه حكم أخر هو الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، ومن ثم فإن اغفال هذا الحكم الأخير ، والقول بأن المعارضة صارت غير جائزة ، فيه إهدار للمعارضة والحكم الصادر فيها دون نص صريح فى اللائحة على ذلك .

٥ – الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن لم يرد فى المادتين ٣٠٤ ، ٣٠٥ لائحة نص على استثنائه من جواز الطعن فيه بالاستئناف . ولذلك تسرى عليه قواعد بدأ ميعاد الاستئناف كبقية الأحكام القابلة للطعن عليها بهذا الطريق . وقد قضى بأن القرار الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن يجوز استئنافه استقلالا إذا كان موضوع الدعوى الأصلية المعارض فى حكمها مما يجوز استئنافه لأن قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن فى معنى عدم سماعها وقرار عدم السماع يستأنف استقلالا إذا صدر فى موضوع يجوز استئنافه طبقا للمادة ٣٠٥ لائحة (٢٥) كما قضى بـأن قرار اعتبـــار الدعوى كأن لم تكـــن من القـــرارات التى تستـــأنف لأنها تمس الحـق . كما قضى بأن قرار اعتبار المعـــارضة كأن لم

---

(٢٥) مبادىء القضاء ص ٢١١ ، ص ٢١٤ .

تكن لا يسقط الحق فى الاستئناف إذا كان الحكم قد أعلن ومضت مدته بل لا يزال الحق باقيا فى مدة الخمسة عشر يوما التالية لصدور القرار المذكور اخذا من عموم المادتين ٣٠٢ ، ٣٠٧ ق ٧٨ / ١٩٣١ .

وأجازت المادة ٣٠٨ الاستئناف فى مدة المعارضة . فإذا صدر حكم غيابى ، فإنه يجوز للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم بطريق الاستئناف فى مدة المعارضة ، وفى هذه الحالة يسقط حق المستأنف فى العودة إلى الطعن على الحكم بالمعارضة ولو كان ميعادها باقيا .

٣ – الأحكام الغيابية - ويبدأ ميعاد استئنافها من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة . ويقصد بهذه الأحكام كل حكم غيابى مضت مدة المعارضة فيه دون أن يطعن المحكوم عليه بالمعارضة .

هذه الأحكام يبدأ ميعاد استئنافها من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة – وهذا اليوم هو اليوم الأول التالى لانقضاء ميعاد المعارضة أى اليوم الرابع . وقد قضى بأن الحكم الذى يصدر فى الغيبة إذا أعلن المحكوم عليه بصورته التنفيذية ولم يعارض فيه المحكوم عليه ، فإن ميعاد الاستئناف فى هذه الحالة يحتسب مما يلى مدة المعارضة التى هى ثلاثة أيام كاملة من تاريخ الإعلان ، لأنه بمضى مدة المعارضة تعتبر المعارضة غير جائزة ، وميعاد الاستئناف يبدأ من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة (٢٦)

وقد ينقضى ميعاد المعارضة فى الحكم الغيابى ثم ينقضى أيضا ميعاد استئنافه ، فيلجأ المحكوم عليه إلى إقامة معارضة فيه ويتخلف عن الحضور فإذا لم يحكم فيها برفضها لرفعها بعد الميعاد وإنما قضى فيها باعتبارها كأن لم يكن . فإن قابلية هذا الحكم الأخير – نظريا – للاستئناف لا تفتح مجالا لاعاده طرح موضوع الحكم الغيابى أمام محكمة ثانى درجة لأنه سبق أن أصبح نهائيا بفوات ميعاد استئنافه أصلا .

هذا ويجب ملاحظة أن يوم صدور الحكم فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ أو يوم أعــلان الحكم المعتبر حضوريا – الفقرة الثانية – أو اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة – الفقرة الثالثة – واليوم الذى يعلن فيه الحكم الصادر فى

---

(٢٦) مبادىء القضاء ص ١٩٨ .

المعارضة ، أو اليوم الذى صدر فيه الحكم فى مواجهة الخصوم – هذه الأيام جميعها تم فيها الواقعة التى يبدأ منها الميعاد ولذلك لا تدخل فى حساب الميعاد ، ويبدأ من اليوم التالى مباشرة .

مادة – ٣٠٩ إذا لم يحصل الاستئناف فى الميعاد المقرر ، يكون الحكم الابتدائى واجب التنفيذ غير قابل للاستئناف .

□□□

إذا انقضى ميعاد الاستئناف دون أن يرفع المحكوم عليه استئنافا عن الحكم أصبح الحكم نهائيا وواجب التنفيذ .

مادة – ٣١٠ يرفع الاستئناف بورقة تعلن للخصم الآخر بطريق الأعلان المنصوص عليها فى هذه اللائحة ، ويلزم أن تكون مشتملة على البيانات المقرر للإعلانات ، وعلى تاريخ الحكم المستأنف وتاريخ إعلانه للمستأنف عليه ، والأسباب التى بنى عليها الاستئناف وأقوال وطلبات من رفعه ، وتكليف الخصم بالحضور أمام محكمة الاستئناف ، واليوم والساعة اللذين يكون فيهما الحضور .

□□□

مادة – ٣١١ تقدم ورقة الاستئناف المذكورة لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف أو لقلم كتاب محكمة الاستئناف .

□□□

إجراءات رفع الاستئناف .

وضعت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى الفصل الثانى الخاص بالاستئناف أحكاما تغاير مثيلاتها فى قانون المرافعات فى شأن إجراءات رفع الاستئناف فنصت المادة ٣١١ على كيفية اتخاذ هذه الإجراءات وتبدأ بتقديم المستأنف ورقة الاستئناف وصوراً منها بعدد المستأنف ضدهم . وبين النص أنه يجوز للمستأنف أن يتقدم بورقة الاستئناف إما إلى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو بقلم كتاب محكمة الاستئناف . والخيار فى هذا متروك للمستأنف .

إذا قدمت الورقة لقلم الكتاب تعين عليه أن يحدد بها تاريخ الجلسة التى

- إذا قدمت الورقة لقلم الكتاب تعين عليه أن يحدد بها تاريخ الجلسة التى حددها لنظر الاستئناف ويسلم أصل الورقة وصورها المستأنف لاتخاذ الإجراءات المكملة لرفع الاستئناف .

رفع الاستئناف

بينت المادة ٣١٠ لائحة أن الاستئناف يرفع بورقة تكليف بالحضور تعلن للمستأنف عليه ، تراعى فيها الأوضاع المقررة للإعلانات ، تحقيقا لمبدأ المواجهة ، وما يقتضيه من إيصال رفع الاستئناف إلى علم المستأنف عليه . وقد قضى بأن الاستئناف فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف يعتبر مرفوعاً ، ويتصل به محكمة الاستئناف بتقديم صحيفته إلى قلم الكتاب فى الميعاد المحدد فى المادة ٣٠٧ من اللائحة الشرعية ، ويقيده فى الميعاد فى المحدد فى المادة ٣١٤ من ذات اللائحة (٢٧) . وقضى بأن نص المادة ٣١٠ من اللائحة على أن الاستئناف يرفع بورقة تعلن للخصم ، وإعلان الورقة للخصم لتقوم الخصومة بينه وبين المستأنف عليه هو اجراء لم يحدد له القانون ميعادا . فللمستأنف أن يقوم به ، أو يقوم به قلم الكتاب بعد قيد الدعوى (٢٨)

وقد أوجب القانون أن تشتمل ورقة الاستئناف على البيانات الآتية باعتبارها ورقة من أوراق المحضرين وهى :

١ – وقت الأعلان ٢ – طالب الإعلان .

٣ – المحضر القائم بالإعلان ٤ – المعلن إليه .

٥ – أسم من تسلم صورة الإعلان . ٦ – توقيع المحضر على ورقة الإعـــــلان .

وبالإضافة إلى هذه البيانات الضرورية لصحة إعلان ورقة الاستئناف ، فقد استلزمت المادة ٣١٠ لائحة أن تشتمل الورقة على ما يأتى :

---

(٢٧) طعن ٣ / ٥٧ ق س ٩ ص ١٣٣ .

(٢٨) » » » » .

١ – تاريخ الحكم المستأنف والمحكمة التى أصدرته ، ورقم القضية التى صدر فيها حتى يمكن تحديد النزاع المستأنف . وقد قضى بأن الخطأ فى رقم الحكم المطعون فيه والمحكمة التى أصدرته لا يرتب بطلانا ، لأن المادة ٣١٠ لائحة تستلزم فقط بيان تاريخ الحكم فى صحيفة الاستئناف (٢٩)

٢ – تاريخ إعلان الحكم للمستأنف عليه .

٣ – الأسباب التى بنى عليها الاستئناف ، ويقصد بهذه الأسباب ما يستند إليه المستأنف من الواقع أو من القانون فى طلبه الغاء الحكم المستأنف أو تعديله . وقد قضى بأنه وأن كانت المادة ٣١٠ لائحة قد أوجبت ذكر الأسباب التى بنى عليها الاستئناف فى الصحيفة إلا أنه لا يتأدى من ورود النص المذكور بصيغة آمره أن يكون البطلان جزاءاً مقرراً ، بمقولة أن الشارع يكون فى هذه الحالة قد قرر أهمية الإجراء ، وافترض ترتيب الضرر على مخالفته ، ذلك أن القول بتقدير الشارع لأهمية الإجراء وافتراضه ترتيب الضرر على المخالفة لا يكون له مجال إلا إذا كان النص واردا بعبارة نافية أو ناهية (٣٠)

النص فى المادة ٣١٠ على أنه يلزم أن تشتمل ورقة الاستئناف على « الأسباب التى بنى عليها الاستئناف » يبين منه أن المشرع أراد أن يترك للمستأنف تقدير الأسباب التى يرى بيانها للاستناد اليها فى طلب الغاء الحكم الابتدائى أو تعديله ، واكتفى بالزامه بيان أسباب الاستئناف فى ورقة الاستئناف ، ولم يوجب عليه المشرع ذكر جميع الأسباب حتى يستطيع أن يضيف إليها ما شاء من الأسباب اثناء المرافعة أمام المحكمة أو أن يعدل عنها إلى غيرها لأن المشرع قصد بذكر الأسباب فى ورقة الاستئناف إعلام المستأنف عليه باسباب الاستئناف ليرد عليها أو يسلم بها ، ولم يقصد تحديد نطاق الاستئناف من هذه الأسباب كما هو الحال فى الطعن بطريق النقض .

٤ – طلبات المستأنف . الغرض من هذا البيان تحديد ما يطلبه المستأنف من محكمة الاستئناف بناء على الأسباب التى تضمنتها ورقة الاستئناف . فالمستأنف قد يقبل بعض ما حكم به فلا يستأنفه ، وقد لا يقبل البعض الآخر فيطعن عليه بالاستئناف والطلبات فى صحيفة الاستئناف هى التى تحدد الجزء من الحكم المطلوب من محكمة الاستئناف تعديله أو الغاؤه .

(٢٩) طعن ١٤ / ٣٢ ق س ١٦ ص ٣٣٦ .
(٣٠) طعن ٤٤ / ٥٧ ق س ١١ ص ٤٦٠ .

٥ – تكليف المستأنف عليه بالحضور أمام محكمة الاستئناف وتحديد اليوم والساعه الذى يكون فيهما الحضور .

٦ – توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة التى يقدم اليها الاستئناف وإلا كانت الورقة باطلة (٣١)

مادة – ٣١٢ إذا قدمت ورقة الاستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف فعليه أن يرسل أوراق القضية المستأنفة إلى محكمة الاستئناف .

أما إذا قدمت لقلم كتاب محكمة الاستئناف فعليه أن يطلب أوراق القضية من المحكمة التى حكمت فى الدعوى .

□□□

مادة – ٣١٣ على كاتب محكمة الاستئناف فى الحالين أن يقيد الدعوى فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا متى ورد له أصل الإعلان ثم يقدمها للجلسة المحددة فيه ، ويكون القيد المذكور بناء على طلب المستأنف .

ومع ذلك إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى طلب المستأنف .

□□□

مادة – ٣١٤ إذا لم يقيد المستأنف الدعوى فى ستة أيام إن كانت القضية كلية أو ثلاثة أيام إن كانت جزئية كان الاستئناف ملغى وسقط حقه فيه إن كانت مدته قد مضت ، ويصبح الحكم المستأنف واجب التنفيذ . ويحصل القيد إما بتقديم أصل الإعلان أو قسيمة دفع ربع الرسم إلى كاتب المحكمة الذى يطلب منه قيد الدعوى .

□□□

---

(٣١) قانون المحاماه .

إذا قدمت ورقة الاستئناف لقلم كتاب المحكمة على النحو المبين بالمادة ٣١١ ، فقد نصت المادة ١١ من القانون رقم ٩١ / ١٩٤٤ بالرسوم أمام المحاكم الشرعية على أن « تحصل الرسوم المستحقة جميعها عند تقديم صحيفة الدعوى أو الطعن أو الطلب أو الأمر ، وذلك مع عدم الاخلال بما ينص عليه هذا القانون من أحكام مخالفه (٣٢) » وفي المادة ١٤ منه على أنه « على قلم الكتاب أن يرفض قبول صحيفة الدعوى أو الطعن أو الطلب أو الأمر إذا لم تكن مصحوبة بما يدل على أداء الرسم المستحق كاملا ، وتستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم . وكل ذلك مع عدم الإخلال بما ينص عليه هذا القانون من احكام مخالفة » ومفاد هذين النصين ١ – أن الرسوم المستحقة جميعها تحصل عند تقديم صحيفة الدعوى أو صحيفة الطعن .. ٢ – يجب على قلم الكتاب أن يرفض قبول صحيفة الدعوى أو الطعن .. إذا لم تكن مصحوبة بما يدل على إداء الرسم المستحق كاملا .

٣ – إذا لم يفطن قلم الكتاب إلى سداد الرسم على الصحيفة ودخلت الجلسة كان على المحكمة أن تستبعد القضية من جدول الجلسة متى تبين لها عدم أداء الرسم .

تقديم ورقة الاستئناف إلى قلم الكتاب ، إجراء يتحدد به موقف المستأنف من إجراءات رفع الاستئناف فقد دفع الرسم المستحق كاملا ، وتأشر له على ورقة الاستئناف بذلك وحددت له جلسة لنظره وأعلن خصمه به ، ومن هذا المنطلق الزمت المادة ٣١٢ قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم – إذا قدمت له ورقة الاستئناف – أن يرسل أوراق القضية المستأنفة إلى محكمة الاستئناف كما الزم النص قلم كتاب محكمة الاستئناف – إذا قدمت له ورقة الاستئناف – أن يطلب أوراق القضية من المحكمة التى أصدرت الحكم . والالتزام الواقع على كلٌ من قلمي الكتاب يبدأ من تاريخ تقديم المستأنف ورقة استئنافه .

لم يحدد ميعاداً لإرسال أوراق القضية أو لطلبها ، والأمر في ذلك متروك لسير العمل بقلم الكتاب ، وبدون حاجة لطلب المستأنف . ولم يرتب جزاء على مخالفة هذا الإجراء .

---

(٣٢) هذا النص معدل بالقانون ٦٧ / ١٩٦٤ وكان كالاتي « يحصل ربع الرسوم النسبيه ونصف الرسوم الثابتة عند تقديم إعلان الدعوى والباقي عند قيدها في الجدول » .

قيد الاستئناف فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا .

الزم نص المادة ٣١٣ لائحة كاتب محكمة الاستئناف أن يقيد الدعوى فى الجدول المعد لقيد القضايا متى ورد له أصل الأعلان .

كيف يرد أصل الاعلان إلى كاتب محكمة الاستئناف.

المادة ٣١٠ لائحة بينت أن الاستئناف يرفع بورقة تعلن للخصم الآخر . والمستأنف هو الذى يقوم بتقديم ورقة الاستئناف إلى قلم المحضرين لإعلانها ، وهو الذى يسحب – من قلم المحضرين – أصل الإعلان . وهذا الأصل هو الذى سيقوم بمقتضاه كاتب محكمة الاستئناف بقيد الدعوى فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا .

إذا كان المستأنف قد تقدم بورقة الاستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم فعليه أن يقدم إصل الأعلان له أيضا ، ويتولى قلم الكتاب إرساله إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف . أما إذا كان المستأنف قد تقدم بورقة الاستئناف لقلم كتاب محكمة الاستئناف فعلى المستأنف أن يقدم له أصل الإعلان . وفى الحالين بمجرد ورود أصل الإعلان يتعين قيد الاستئناف وتقديمه للجلسة المجددة بأصل الإعلان .

نص المادة ٣١٣ صريح بأنه إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد على عاتق قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى طلب المستأنف إذ سبق دفع الرسم بأكمله يجعل عبء قيد الاستئناف على قلم الكتاب وبدون طلب من المستأنف .

الفقرة الأولى من ٣١٣ لائحة نصت على أن القيد يكون بناء على طلب المستأنف – وذلك فى حالة عدم سبق دفع الرسم بأكمله – وهذا الطلب لم يعد له محل بعد أن الزمت المادة ١٤ من القانون ٩١ / ١٩٤٤ بالرسوم أمام المحاكم الشرعية ، قلم الكتاب أن يرفض قبول صحيفة الدعوى أو الطعن إذا لم تكن مصحوبة بما يدل على أداء الرسم المستحق كاملا . وامرت المادة ١٣ منه بأن تحصل الرسوم المستحقة جميعها عند تقديم صحيفة الدعوى أو الطعن .

جزاء عدم قيد الاستئناف .

نصت المادة ٣١٤ لائحة على الغاء الاستئناف وسقوط الحق فيه إذا لم يقيد المستأنف استئنافه فى ستة أيام فى القضايا الكلية وثلاثة أيام فى القضايا الجزئية وبينت المادة كيف يكون القيد ، وهو يكون بأحد أمرين :

١ – تقديم المستأنف أصل الأعلان .

٢ – تقديم قسيمة دفع ربع الرسم .

ويكون تقديم اصل الأعلان أو قسيمة دفع ربع الرسم إلى كاتب المحكمة التى يطلب منه قيد الدعوى ، وذلك فى مدة الاستئناف . فإذا مضت مدة الاستئناف دون القيد باتباع الإجراءين السابقين كان الاستئناف ملغا وسقط حق المستأنف فى استئنافه .

ومما تجدر الاشارة إليه أن المادة ١١ من القانون رقم ٩١ / ١٩٤٤ بالرسوم أمـــام المحاكم الشرعية والتى كانت تنص على أن « يحصل ربع الرسوم النسبية .. عند تقديم اعلان الدعوى والباقى عند قيدها فى الجدول » قد عدلت بالقانون ٦٧ / ١٩٦٤ واصبح نصها يجرى بأن « تحصل الرسوم المستحقة جميعها عند تقديم صحيفة الدعوى أو الطعن ... » وعلى أساس هذا التعديل سقط من المادة ٣١٤ الحكم الذى اشترط للقيد قسيمه دفع ربع الرسم كما أن اشتراط نص المادة ١١ المعدل تحصيل الرسوم المستحقه جميعها عند تقديم الصحيفة ، والزام الماده ٣١٢ لائحة فى فقرتها الأخيرة قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه إذا سبق دفع الرسم باكمله ، يسقط أيضا من المادة ٣١٤ الحكم الذى اشترط أن يقيد المستأنف الدعوى بتقديم أصل الأعلان .

وبعد البيان السابق لقيد الاستئناف وضرورة قيام قلم الكتاب به دون ما حاجة لتدخل المستأنف ، بقى القول بأن تقديم ورقة الاستئناف لقلم الكتاب ، وقيد الاستئناف فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا ، إجراءان لازمان لنظر الاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية ، لأن الاستئناف لا يعتبر مرفوعا ، ولا تتصل به محكمة الاستئناف إلا بتقديم صحيفته لقلم كتاب المحكمة فى الميعاد المحدد فى المادة ٣٠٧ وبقيده بالجدول المشار اليه .

وخلاصة القول فى رفع الاستئناف أن المستأنف يتقدم بصحيفة الاستئناف لقلم الكتاب ويدفع الرسم المستحق كاملا ويحدد الجلسة ويعلن خصمه بأصل الصحيفة ثم يقدمها لقلم الكتاب الذى يتولى القيد من تلقاء نفسه . وقد كانت هذه الاجراءات محل خلاف لدى المحاكم الشرعية فقد قضى بأن قيد الاستئناف فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا هو إجراء لازم لنظر الاستئناف امام المحكمة الاستئنافية ، إذ بالقيد وحده يكون الاستئناف أمام المحكمة ، ذلك أن المتبع – قبل العمل باللائحة الشرعية – أن المستأنف كان يقدم استئنافه ،

ويحدد للجلسة الأجل الذى يهواه ، ويرى فيه المماطلة والتسويف بخصمه ، ولا يقيده إلا قبل ميعاد الجلسة بأيام قليلة ، والمحكوم له معلق ، فإذا أراد التعجيل وجد الاستئناف غير مقيد ، فيضطر إلى دفع ما يستحق عليه من رسوم ، ويقيده ، ثم يلتمس تعجيله . من أجل ذلك رأى المشرع فى سنه ١٩١٠ أن يضرب موعدا لطلب القيد دفعا لمماطلة المحكوم عليه ، ورتب على مخالفته الغاء الاستئناف ولما جاء القانون ٧٨ / ١٩٣١ أقر هذه الطريقة ، ولكنه استشعر بالمشقة التى يتكبدها الناس فى سبيل طلب القيد ، فأعفاهم منه فى جميع الدعاوى ابتدائية واستئنافيه متى دفعوا الرسم كاملا ، ونصه فى المادة ٣١٣ واضح لا غموض فيه ، فإذا دُفع الرسم كاملا أعفاهم ذلك من طلب القيد ، أو قام ذلك مقام طلب القيد ، فيكون بدفع الرسم كاملا طالبا للقيد فى اليوم الذى يستكمل فيه الرسم ، وتعين حسابه على هذا الأساس . وغير خاف أن ما جاء بالمادة ٣١٤ من أنه إذا لم يقيد المستأنف الدعوى فى ستة أيام ... الخ لا يراد به حقيقة القيد والتدوين ، لأنه ليس من عمل المستأنف ، ولا فى مقدوره ، وإنما يراد به مجرد طلب القيد . وقد تكفل النص السابق إعفاءه منه إذا دفع الرسم كاملا . ويتحرر من هذا أن حقيقة القيد والتدوين بالدفاتر ليست واجبة على المستأنف ، ولا هو مكلف بها ، وإنما هو مكلف بطلب القيد لتحقيق ماهية القضية الاستئنافية ، ويتمكن خصمه من تعجيلها إذا شاء ، ويرفع عنه هذا التكليف إذا دفع الرسم كاملا ، وفى هذه الحالة يجب أن يقوم قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه بلا طلب ، دون أن يتقيد بوقت معين ، سوى ما تقتضيه حكمة التبكير والمبادرة بالقيد لتحقيق ماهية القضية ، فإذا توانى قلم الكتاب فى القيد لم يكن هناك مسؤولية على المستأنف ، ولم يؤثر ذلك فى شأن استئنافه الذى هو خالص حقه ، مثلها فى ذلك مثل مالو طلب المستأنف صريحا فى الموعد القانونى قيد الاستئناف ، وتوانى قلم الكتاب فى إجراء القيد ، فكما أن توانى قلم الكتاب فى هذه الحالة لا يؤثر على حق المستأنف فى شكل الاستئناف ، كذلك لا تأثير له فى حالة دفع الرسم كاملا لإعفائه صريحا من طلب القيد فى هذه الحالة بنص القانون .

وقد اختلف الرأى فى شأن الفقرة الثانية من المادة ٣١٣ حول ما إذا كان « سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة بدون حاجة إلى طلب المستأنف – أم لابد من طلبه لاجراء القيد .

هناك رأى بأن المادة ٣١٤ من اللائحة صريحة فى أن المستأنف إذا لم يقيد الدعوى فى ستة أيام - أن كانت القضية كليه - كان الاستئناف ملغيا ، وسقط حقه فيه - أن كانت مدته قد مضت - ويصبح الحكم المستأنف واجب التنفيذ . هذه المادة واضحة فى طريقة القيد إما بتقديم اصل الأعلان أو قسيمة دفع ربع الرسم إلى كاتب المحكمة الذى يطلب منه قيد الدعوى . وأن المادة ٣١٣ تنص على أن القيد يكون بناء على طلب المستأنف وعلى أنه إذا دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفه قلم الكتاب من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى طلب المستأنف ، فالمادة صريحة فى أن المستأنف هو الذى يطلب القيد ، وقد ذيلت بفقرة تعتبر فى ظاهرها استثناءاً من هذا الحكم ، وربما يتبادر إلى الذهن من أنها تعتبر كذلك أن طلب القيد - فى هذه الحالة - قد رفع عن المستأنف والقى على عاتق قلم الكتاب ، ولكن هذا المعنى لم يفت واضع القانون أن يفسره تفسيرا يدفع كل شك فى غرضه من الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ فأتى فى مذكرته التفسيرية ما نصه « وأوجب على قلم كتاب المحكمة بمقتضى المادتين ٥٨ ، ٣١٣ وهذا الايجاب لا يعفى المستأنف من القيام بواجب طلب القيد ، فإذا أهمل تقع عليه المسؤولية وما تكليف قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه إلا من باب المعاونة فى حالة خاصة تسهيلا للمتقاضين . لكل ذلك لا يجوز القول بأن الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ أعفت المستأنف من تقديم طلب قيد استئنافه فى الميعاد المبين فى المادة ٣١٤ .

غير أن احكاما أخرى رأت أن الجمع ما بين نص الفقرة الواردة بالمادة ٣١٣ وما ورد بالمذكرة الايضاحية بشأنها . ومقتضاه أن نص الفقرة واضح لا غموض فيه وأن المذكرة الإيضاحية فى مقامها لا توضحها بل ترفع حكمها ، وتنفى الرحمة التى قررتها ، وكأن الموضح استشعر بأن نص الفقرة - من المادة ٣١٣ - قد يعرض أقلام الكتاب والحكومة إلى مسؤولية خطيرة ، إذا فاتهم قيد الاستئناف فى موعده ، فرفع بإيضاحيته ما سنه بصريح القانون . والأمر هين لين ، فإن لطلب القيد - وهو الذى يسأل عنه المستأنف - وهو المضروب له الموعد فى المادة ٣١٤ ، وهو الذى يغنى عنه أو يقوم مقامة دفع الرسم الكامل . أما حقيقة القيد والتدوين الذى هو من عمل أقلام الكتاب ، فلم يضرب له القانون موعدا ، لأنه يفترض أنه متى طلب ، كان ، والتأخير والأهمال من قلم الكتاب ليس متوقعا ، ولا فى الحسبان . فالعمل بعبارة المذكرة الايضاحية وإهدار صريح القانون ليس من المقبول فى مكان . وواضح أن إيضاح القانون إذا رفع ، بطـل

كونه إيضاحا ، وصار نسخا ، واقترانه بصدور القانون لا يجعله قانونا ، ولا يعطيه قوة القانون ، فلا يعارضه . على أن القانون إذا تعارض فيه نصان ، قدم منهما ما يحقق غرض الواضع ، والباعث على تشريعه . وغرض الواضع هنا هو الرفق بالأهلين ، ودفع المشقة فى طلب القيد عند القيام بدفع الرسم كاملا ، فلا محل لتكليف المستأنف فى هذه الحالة بطلب القيد (٣٢) .

والرأى الأخير هو المتفق مع القانون لأن الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ أعفت المستأنف صراحة من طلب القيد ، والمذكرة الإيضاحية لا تأتى بحكم جديد ليس فى النص ، ولا تلغى حكما واراد به ، وأن العمل بما جاء بها خروج على صرح النص وإهدار له .

وقد سارت المحاكم الشرعية شوطا كبيرا فى سبيل التوفيق بين نص المادة ٣١٣ ، ٣١٤ لبيان ما إذا كان واجب القيد على قلم الكتاب من تلقاء نفسه حالة دفع المستأنف الرسم كاملا أم على الأخير أن يطلب القيد ؛ وقد اختلف الرأى فى هذا الشأن فأخذت بعض المحاكم بظاهر الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ وأخذت بالزام قلم الكتاب بقيد الاستئناف إذا دفع المستأنف الرسم كاملا ، ولهذا الرأى اسانده . وذهب رأى إلى الأخذ بظاهر المادة ٣١٤ التى تلقى على عاتق المستأنف قيد استئنافه ولهذا الرأى اسانيده أيضا .

والواقع أن كلا من الرأيين السابقين لم يحسم الأمر بشأن مسؤولية القيد . ولكن الرأى مستقر على أن محكمة الاستئناف لا تعتبر الاستئناف مستوفيا شكله أمامها إلا إذا قيد فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣١٤ يستوى أن يكون القيد بمعرفة قلم الكتاب أو بناء على طلب المستأنف وإلا كان الاستئناف ملغيا ، وسقط حق رافعه فيه . ولا يفيد المستأنف بعد ذلك أن تكون المسؤولية على قلم الكتاب إذا الغى استئنافه .

إلا أننا نرى أن إلزام المستأنف بدفع الرسم المستحق جميعه عند تقديم صحيفة الاستئناف قد قضى على هذا الخلاف وجعل عبء قيد الاستئناف على قلم الكتاب ، ولا يضر المستأنف تأخير قلم الكتاب فى اجراء القيد فى الميعاد المحدد فى المادة ٣١٤ لأن هذا الميعاد حدده المشرع لاجــراء القيد الذى يتــولى

---

(٣٢) راجع الاستئناف فى مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية .

المستأنف طلبه ، فإذا لم يعد للمستأنف أن يطلب قيد استئنافه بعد أن دفع الرسوم المستحقة كاملة ، وانتقل عبء القيد على قلم الكتاب فإن المستأنف لا يضار من تأخير قلم الكتاب فى القيد .

والحقيقة أن نصى المادتين ٣١٣ ، ٣١٤ من اللائحة تضمنا أحكاما باجراءات شكلية خاصة بقيد الاستئناف ، وهى إجراءات بعيدة عن موضوع الخصومة الخاصة بالاحوال الشخصية التى تطبق فيها النصوص الموضوعية أو يرجع بشأنها إلى الرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة . وقد تكلف واضعوا اللائحة فى ترتيب حكم المادتين سالفتى الذكر فلم ترد أحكام القيد بأحدهما دون الأخرى ، وإنما جاءت المادة ٣١٣ بأحكام ثم عارضتها المادة ٣١٤ فى شأن هذه الأحكام ، وكان من شأن ذلك أن اختلفت المحاكم الشرعية فى شأن من يقوم بقيد الاستئنـاف هل هو المستـأنف – وليس من عمله القيد ولا فى حوزته وتحت يده « الجدول العمومى المعد لقيد القضايا » ام يقوم به قلم الكتاب . ولذلك نرى أن الخير فى هذا الخصوص هو ما جاء به قانون المرافعات فى هذا الشأن ونص عليه فى المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ إذ نصت الأولى على أن « يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقا للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ، ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه واسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت بـاطلة » ونصت الثانية على أنه « على قلم الكتاب المحكمة المرفوع اليها الاستئناف أن يطلب ضم ملف الدعوى الابتدائيه فى اليوم التالى الذى يرفع فيه الاستئناف »

« وعلى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه ، وينقص هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام فى الدعاوى المستعجلة . وتحكم المحكمة الاستئنافيه على من يهمل فى طلب ضم الملف أو فى إرساله بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات بحكم غير قابل للطعن »

فإذا أراد المشرع الرفق بالأهلين ووضع حداً لاختلاف المحاكم فى مسألة ليست من الأهمية بالنسبة لموضوع النزاع المتعلق بالاسرة أن يلجأ إلى حكم المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ مرافعات بدلا من المادتين ٣١٣ ، ٣١٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

مادة ٣١٥ - يترتب على الاستئناف إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

أولا : إذا كان الحكم صادرا بالنفقة أو بأجرة الرضاعة أو المسكن أو الحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه .

ثانيا : إذا كان مأمورا بالنفاذ المؤقت فى الحكم وذلك فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر .

□□□

الأصل هو عدم قابلية الأحكام الابتدائية للتنفيذ طالما كان الطعن فيها . بطريق الاستئناف جائزا ، ولم تنقض مواعيده بعد ، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٣٤٤ من اللائحة من أنه « لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة إلا بعد مضى ميعاد الاستئناف ، ما لم يكن التنفيذ المؤقت مأمورا به فى الحكم أو منصوصا عليه فى هذه اللائحة » فاستئناف الأحكام المنصوص فيها على النفاذ المؤقت ، أو المنصوص على نفاذها مؤقتا فى اللائحة يترتب عليه إيقاف تنفيذ هذه الأحكام ، بمعنى أنه إذا أقيم الاستئناف امتنع التنفيذ إذا لم يكن قد بدئ فيه ، أما إذا كان قد بدئ فيه ولم يتم تعين إيقافه ، ولا يبطل ذلك التنفيذ أو تعاد الحالة إلى ما كانت عليه إلا إذا ألغى الحكم المستأنف .

وقد استثنت المادة ٣١٥ من مبدأ وقف التنفيذ المترتب على رفع الاستئناف نوعين من الأحكام ، لما يحوط المادة الصادر فيها هذه الأحكام من ظروف خاصة تجعلها واجبة النفاذ رغم استئنافها .

النوع الأول : الأحكام الصادرة فى مواد النفقات . وسبب ذلك أن النفقة لمواجهة أعباء الحياة ، ولسد حاجة من فرضت له ، ولذلك تتصف موضوعاتها بالسرعة حتى يمكن لصاحب الحق فيها أن يصل إلى حقه .

الأحكام الصادرة بأجرة الرضاع . هذه الأحكام صادرة فى مادة هى من نفقة الصغير وهى أيضا حق للمرضع مقابل عمل . وسواء نظر إلى هذه الأحكام من ناحية أنها نفقة الصغير أو أنها أجر للمرضع عن عملها ، فإن صفة الاستعجال فى تنفيذها تكون قائمة ، وكذلك الحال فى اجرة المسكن واجرة الحضانة .

الأحكام الصادرة بتسليم الصغير إلى أمه ، هذه الأحكام تواجه حاجة الصغير إلى أمه ، وعدم استغنائه عنها في فترة قيام يدها عليه شرعا ، وحتى لا توله والدة بولدها .

هذه الأحكام لا يترتب على استئنافها وقف التنفيذ ، كما أن التنفيذ المؤقت يكون واجبا لكل حكم صدر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير لأمة عملا بالمادة ٣٥٢ لائحة .

هذا النوع من الأحكام يتعين أن يكون المنفذ بها هو صاحب النفقة أو المرضع أو الحاضنة أو صاحب الحق في السكنى أو أم الصغير ، أما غير هؤلاء فلا يستفيد من الاستثناء الوارد في المادة ٣١٥ لائحة ، فمن تؤول إليه هذه الحقوق بعد استحقاقها لأصحابها لا يستفيد من الاستثناء . وهذا النوع من الأحكام جاء على سبيل الحصر في المادة سالفة الذكر .

النوع الثاني : وهو الأحكام المأمور بالتنفيذ المؤقت فيها في الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التي يخشى من تأخيرها حصول ضرر . وقد قضى بأنه يصح أن يكون حكم الطاعة مشمولا بالنفاذ المؤقت في الأحوال المستوجبة للاستعجال ، كما إذا أصرت الزوجة على معاشرة رجل حكم قضائياً ببطلان زواجها منه ، فإن هذا منكر تجب إزالته فورا قضاء وديانة (٣٤)

مادة – ٣١٦ يحضر الخصوم أو وكلائهم في الميعاد المحدد بورقة الاستئناف ويعتبر المستأنف مدعيا .

□□□

أوجبت المادة حضور الخصوم في الميعاد المحدد بورقة الاستئناف ، واعتبرت المستأنف مدعيا . فإذا لم يحضر في الميعاد اعتبر استئنافه كأن لم يكن ، أما إذا لم يحضر المستأنف عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه – بعد إعلانه – في الميعاد المحدد بورقة الاستئناف تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم في غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل .

مادة – ٣١٧ يعيد الاستئناف الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ، وذلك بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

---

(٣٤) ق ١٠٦٦ / ١٩٤٤ نجع حمادي مبادىء القضاء ص ٤٧١ .

ويجب على المحكمة الاستئنافية أن تعيد النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة ، وعلى أى دفع أو دليل آخر يقدم فى الاستئناف من قبل الخصوم طبقا للمادة ٣٢١ .

ثم تحكم المحكمة بعد نظر الدعوى طبقا للمنهج الشرعى إما بتأييد الحكم المستأنف أو بالغائه أو بتعديله .

□□□

يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى المحكمة الاستئنافية وإعادة طرحه عليها ، مع أسانيده وأدلته الواقعية . ونتيجة للأثر الناقل يعتبر النزاع مطروحا على محكمة ثانى درجة بكل ما أبدى فيه من أوجه دفاع ودفوع أمام محكمة أول درجة ، فيتعين على المحكمة الاستئنافية أن تقول كلمتها فيها ، ولو لم يعاود المستأنف عليه التمسك بها ، ولو تغيب عن الحضور ، أو حضر ولم يبد دفاعا ، سواء كانت محكمة أول درجة قد فصلت فى تلك الأوجه أم أغفلتها ، إلا أن يكون المستأنف عليه قد تنازل عنها ، وأنه لا يعد تنازلا منه طلب تأييد الحكم المستأنف للأسباب التى أقيم عليها (٣٥) . كما أن من شأن الأثر الناقل للاستئناف أن يجعل الدفع أو وجه الدفاع السابق إبداؤه من المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة مطروحا بقوة القانون على محكمة الدرجة الثانية بغير حاجة إلى إعادة ترديده أمامها مالم يقم الدليل على التنازل عنه ، وهو مالا وجه لافتراضه (٣٦) وقضى بأن مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أن يعتبر مطروحا على محكمة الدرجة الثانية كل ما أبداه المستأنف عليه من دفوع وأوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى دون حاجة إلى استئناف فرعى . ويتعين بهذه المناسبة على محكمة الاستئناف أن تقول كلمتها فى موضوع النزاع وأن تفصل فيه مواجهة عناصره الواقعية والقانونية ، سواء ما استجد منها أمامها وما سبق إبداؤه أمام محكمة الدرجة الأولى ولو لم يتمسك بها المستأنف عليه إلا أن يكون قد تنازل عنها شريطة أن تلتزم القضية المستأنفة الحدود التى يقرها الأثر الناقل سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأطراف (٣٧)

---

(٣٥) طعن ٩٣٧ / ٤٥ ق س ٣٠ ص ٣٢٨ .
(٣٦) « ٥٩٥ / ٤٩ ق س ٣١ ص ٤٥٦ .
(٣٧) طعن ٥٢٤ / ٤٥ ق س ٣٠ ص ١١ .

كان القضاء الشرعي قبل تعديل اللائحة يسير على أن الأسباب الطارئة على الحكم لا تؤثر فيها لا المعارضة ولا الاستئناف لخلو اللائحة وقت ذلك من نص في باب المعارضة أو الاستئناف حتى جاء التعديل الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ / ١٩٣١ ونص فيه على المادة ٣١٧ . وقد آثر المشرع في ذلك النص جانب العمليات على جانب النظريات لأننا بصدد فض خصومات بين الناس لا أمام نظريات عملية ، فلا معنى إذن لحكم لا يزال منظورا بين يدى القاضي في الاستئناف ، وقد طرأ عليه ما يؤثر فيه بالتعديل أو البطلان ، إذ لا معنى لهذا إلا بمضارة أصحاب الحقوق بتطويل أمد التقاضي عليهم وتعطيلهم عن أعمالهم وإعناتهم بزيادة المصاريف . ومن جهة ثانية إكثار العمل على كاهل القضاء بما لا فائدة فيه ، وكل لا يسغيه شرع ولا نظام ، ومن ثم وضعت المادة ٣١٧ في التعديل الجديد اللائحة (٣٨) وكذلك قضى بأن إحالة المحكمة الاستئنافية الدعوى إلى التحقيق لا يحول دون حقها في الأخذ بأقوال الشهود الذين سمعت شهادتهم أمام محكمة الدرجة الأولى باعتبارها تبقى مطروحة عليها ضمن سائر البينات المقدمة في الدعوى ، ولا يغير من ذلك أن تكون قد أوردت في حكمها بالاحالة إلى التحقيق أن أوراق الدعوى ومستنداتها لا تكفي لتكوين عقيدتها لأنه فضلا عما هو مقرر من أن القاضي لا يقيد بما يكون قد شف عنه حكم التحقيق من اتجاه في الرأي ، فإن مقصود هذا البيان قد ينصرف إلى تهيئة فرصة جديدة لإثبات صفة القربة ، فلا يمنعها ذلك متى استكملت الدعوى عناصرها من أن تقدر الأدلة المقدمة فيها في كافة مراحلها ، وأن ترجح ما يطمئن إليه وجدانها لتخلص إلى وجه الحق في الدعوى (٣٩)

الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ أوجبت على المحكمة الاستئنافية إعادة النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة لأن الاستئناف يعتبر مرحلة جديدة . يستطيع الأطراف فيها – في حدود الطلبات التي قدموها أمام محكمة أول درجة – أن يتمسكوا بأوجه دفاع وأدلة جديدة (مادة ٣٢١ /٢ لائحة) لأن الخصومة في الاستئناف هي استمرار لخصومة محكمة أول درجة ولذلك يكون للمحكمة الاستئنافية السلطة التامة التي

---

(٣٨) ق ٣١٧٣ / ١٩٣٠ شرعي السيدة زينب .

(٣٩) طعن ١٤ / ٤٩ ق س ٣٢ ص ١٤٢٠ .

كانت لمحكمة أول درجة ، ويكون للخصوم نفس الحقوق التى كانت لهم أمام محكمة أول درجة إلا ما سقط منها (٤٠) ولا يجوز لهم أن يقدموا طلبات جديدة غير الطلبات الأصلية إلا إذا كان ذلك بطريق الدفع للدعوى الأصلية – لأن الطلب الجديد تنقصه سبق الخصومة أمام محكمة أول درجة بالنسبة له ، ويعتبر قبوله فى الاستئناف مخالفة لمبدأ التقاضى على درجتين .

أجازت المادة ٣١٧ / ٢ لطرفى الاستئناف أن يقدما أى دفع أو دليل آخر طبقا للمادة ٣٢١ من اللائحة التى تنص على أنه « لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الأستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية . » « ويجوز لهم أن يبدوا أدلة جديدة لثبوت الدعاوى أو نفيها » لأن القاعدة عدم تقديم طلبات جديدة فى الاستئناف . والطلب الجديد هو الذى يختلف فى أحد عناصره – الأشخاص أو المحل أو السبب – عن الطلب الذى كان أمام محكمة أول درجة قبل إصدار الحكم فى القضية . وقد قضى بأنه إذا كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب التطليق على زوجها للغيبة استنادا إلى المادة ١٢ ق ٢٥ / ١٩٢٩ ، وكان ما أضافته أمام محكمة الاستئناف طلب التطليق للهجر إعمالا للمادة السادسة ق ٢٥ / ١٩٢٩ بعد طلباً جديدا يختلف عن الطلب الأصلى لا يجوز قبوله أمام محكمة الاستئناف عملا بنص المادة ٣٢١ (٤١)

بينت الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٧ دور المحكمة الاستئنافية عند الحكم فى الاستئناف المرفوع أمامها . فأوجب عليها أن تحكم – بعد نظر الدعوى – طبقا للمنهج الشرعى . ويكون الحكم بتأييد الحكم المستأنف أو بالغائه أو بتعديله .

إذا قضت المحكمة الاستئنافية بتأييد الحكم الابتدائى ، فيعتبر المستأنف كأنه لم يرفع استئنافا عن الحكم .

أما إذا قضت المحكمة الاستئنافية بالغاء الحكم المستأنف تعين عليها أن تذكر الأسباب التى قام عليها قضاؤها بالالغاء .

وإذا قضت المحكمة الاستئنافية بتعديل الحكم المستأنف فإن الحكم المعدل يحل محل الحكم المستأنف ، وعليها أن تذكر الأسباب التى اقتضت هذا التعديل .

---

(٤٠) فتحى والى ص ٧٧٢ .

(٤١) طعن ١٢ / ٥٣ ق ح ٢٦ / ٦ / ١٩٨٤ .

النص فى المادة على أن المحكمة الاستئنافية تحكم - بعد نظر الدعوى طبقا للمنهج - لازمه أنه يتعين عليها أن تبحث موضوع الدعوى فى حدود ما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة - سواء إلى محكمة أول درجة أو إلى محكمة الاستئناف ، وسبب ذلك أن نص المادة بين :

١ - أن الاستئناف يعيد الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

٢ - أن المحكمة الاستئنافية عليها أن تعيد النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة وعلى أى دفع أو دليل آخر يقدم إليها من قبل الخصوم ، لأن وظيفة المحكمة الاستئنافية ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانونى فحسب ، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية لتقول كلمتها فيها بقضاء لسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .

٣ - أوجب النص على المحكمة الاستئنافية أن تحكم طبقا للمنهج الشرعى.

٤ - حدد النص للمحكمة كيفية الحكم فى موضوع الاستئناف وهو ، إما بتأييد الحكم المستأنف أو الغائه أو بتعديله . وقد بينت المذكرة الايضاحية النص أن اجراءات الاستئناف عدلت بأن فرضت على المحكمة الاستئنافية أن تعيد نظر القضية كأنها قضية ابتدائية ، فتطلع على ملف الدعوى ، وتقدر الأدلة التى قدمت لمحكمة أول درجة ، كما يتراءى لها ، وإن رأت لزوماً لإعادة سماعها لديها تسمعها وتسمع كل الأدلة الجديدة التى يقدمها الخصوم لها ، ثم تحكم فى القضية . فإن رأت أن الحكم الابتدائى صحيح تؤيده ، وإن رأت أنه غير صحيح تلغيه وتحكم بما تراه ، وإن رأت تعديله فى بعض أجزائه تعدله فيها وتؤيده فى الباقى منه .

وبهذا البيان ابطلت المادة ٢١٧ ما كان متبعا قبل صدورها من أن المحكمة الاستئنافية كانت تصدر قرارا فى الاستئناف بالغاء الحكم المستأنف وتقرير السير فى الدعوى . وقد عمت الشكوى من هذا الاجراء لما فيه من إلجاء المحكمة إلى ابداء رأيها فى الموضوع فى أسباب قرار السير قبل أن تستوفى البحث فى اصدار قرار السير من غير اسباب مقنعة .

مادة – ٢١٨ تفصل المحكمة الاستئنافية فى استئناف وصف الحكم بالنفاذ المؤقت أو رفضه على وجه الاستعجال وبدون انتظار الفصل فى الموضوع .

□□□

الطعن على الحكم بالنفاذ المعجل بطريق الاستئناف لا ينبنى عليه وحده ، وبمجرده ، وقف تنفيذ الأحكام أو القرارات المطعون فيها بالاستئناف . ولذلك أجاز القانون – عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها فى ٣٠٥ لائحة – استئناف وصف الحكم بالنفاذ المؤقت أو رفضه . ويكون الفصل فيه على وجه الاستعجال بدون انتظار الفصل فى الموضوع ، وهذا يقتضى من المحكمة الاستئنافية أن تفصل فى الطلب دون ما انتظار للفصل فى موضوع الاستئناف ، وحكمة ذلك أهمية الأثر المترتب على الأمر بالنفاذ المؤقت أو رفضه فى المواد المستوجبة للاستعجال ، أو التى يخشى من تأجيلها حصول ضرر . مثال ذلك حالة الحكم برد طفل إلى حاضنته ، أو تسليم الصغير لأمه ، أو الفصل بين رجل وامرأة حكم بتطليقها عليه طلقة بائنة ، أو فرق بينهما بسبب ردة أحدهما . فإذا أخطأت محكمة أول درجة فى وصف الحكم بالنفاذ المؤقت أو رفضه ، يمكن للمحكوم ضده تدارك هذا الخطأ برفع استئناف والفصل فيه على وجه الاستعجال . والاستعجال هو الخطر الحقيقى المحدق بالحق المراد المحافظة عليه ، والذى يلزم درؤه عنه بسرعة لاتكون عادة فى التقاضى العادى ، ولو قصرت مواعيده وينشأ الاستعجال من طبيعة الحق المطلوب صيانته ، ومن الظروف المحيطة به ، لا من فعل الخصوم أو اتفاقهم (٤٢) . ووجود الاستعجال وعدمه مسألة تتعلق بوقائع الدعوى ، ومتروكة لتقدير المحكمة التى تنظر الطلب المستعجل ولا رقابة عليها من محكمة النقض .

مادة – ٢١٩ إذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد ، اعتبرالاستئناف كأن لم يكن ، وصار الحكم الابتدائى واجب النفاذ ، إلا إذا كان ميعاد الاستئناف باقيا .

□□□

(٤٢) قضاء الأمور المستعجلة ص ٥٠ .

لا يحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن إلا إذا تخلف المستأنف عن الحضور بالجلسة المحددة بورقة الاستئناف - صحيفة الاستئناف . والمقصود بالجلسة المحددة بورقة الاستئناف هى الجلسة الأولى لنظره . ولذلك إذا تخلف المستأنف عن الحضور فى أية جلسة تالية - للجلسة الأولى - فلا يجوز الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ، وإنما يكتفى بشطب الاستئناف (٤٣)

الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن جزاء منصوص عليه فى المادة ٢١٩ لائحة ويشترط لتطبيقة أن يتخلف المستأنف عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف رغم علمه بالميعاد المحدد علما يقينيا ، لما فى ذلك من إظهار لعدم جدية المستأنف فى استئنافه ، وقد قضى بأن توقيع هذا الجزاء لا يصادف محلا إلا إذا ثبت علم المستأنف علما يقينيا بالجلسة الأولى التى حددت لنظر استئنافه ، وتخلفه رغم ذلك ، لما ينم عن نكوله عن حضور الجلسة الأولى المشار إليها بالذات من أنه غير جاد فى طعنه ، فلا تلتزم المحكمة بالتصدى لموضوعه (٤٤)

العلم الظنى أو الافتراض بالجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف لا يؤدى إلى العلم اليقينى الذى يترتب على التخلف عن الحضور بالرغم منه افتقاد الجدية فى إقامة الاستئناف ، وبالتالى لا يجوز بناء على هذا العلم الظنى أو الحكمى القضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن إذا تخلف المستأنف عن الحضور بالجلسة الأولى ، فإذا كان الاستئناف محددا له جلسة لنظره وقام المستأنف عليه باستصدار أمر بتقصير نظره لجلسة أخرى وأعلن بها المستأنف مخاطبا مع صهره لغيابه ، وفى موطن غير محل إقامته الذى عينه بصحيفة الاستئناف ، وأن المحكمة الاستئنافية قضت باعتبار الاستئناف كان لم يكن على سند من عدم حضور المستأنف بالجلسة الأولى رغم إعلانه قانونا - مع أن إعلانه بها لا يفيد إلا علما ظنيا أو افتراضيا ولا يؤدى إلى العلم اليقينى الذى يترتب على التخلف عن الحضور بالرغم من افتقاد الجدية فى إقامة الطعن ، وهو مناط المادة ٢١٩ من اللائحة ، فإذا تنكب الحكم هذا النظر وقضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن بناء على العلم الظنى أو الحكمى بالجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف فإنه يكون قد خالف القانون (٤٥)

---

(٤٣) طعن ٤١ / ٤٧ ق س ٣١ ص ١٨٣ .
(٤٤) « ٢٣ / ٤٧ ق س ٣٠ ص ٢٧٤ .
(٤٥) طعن ٢٣ / ٤٧ ق س ٣٠ ص ٢٧١ .

ويبين من نص هذه المادة أن الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لا يؤدى بذاته وعلى وجه الحتم واللزوم إلى سقوط حق المستأنف فى طريق الطعن بالاستئناف ، بل يجوز له رفع استئنـــاف آخر إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقض بعد .

مادة – ٣٢٠ يرفض الاستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه .

□□□

الجزاء الذى حدده القانون فى المادة ٢١٩ لائحة وهو اعتبار الاستئناف كأن لم يكن إذا تخلف المستـأنف عن الحضور في الميعاد المحدد لنظر الجلسة الأولى ، لم ينه الخصومة فى الاستئناف ، فقد افترض القانون أن هذا الجزاء قد يصـــدر به الحكم ، ويكون ميعاد الاستئناف باقيا . فإذا كان هذا الميعاد كذلك ، فإنه يجوز للمستأنف أن يرفع استئنافه مرة ثانية مادام ميعاده باقيا. أما إذا كان ميعاد الاستئناف قد انتهى قبل صدور الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ، فإن حق المستأنف فى استئنافه يكون قد سقط ويصير الحكم الابتدائى نهائيا رغم عدم الفصل فى موضوعه لأن نهائية الحكم جاءت عن تخلف إجراء من إجراءات الاستئناف ، فانغلق طريق الاستئناف فى وجه المستأنف .

فى المادة ٣٢٠ وضع المشرع حكما آخر هو رفض الاستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه ، وهذا الرفض هو رفض موضوعى لجأ إليه المشرع رغم أن المحكمة الاستئنافيه لم تبحث موضوع الاستئناف وبهذا الرفض الموضوعى انغلق نهائياً باب الطعن بالاستئناف أو العودة إلى موضوعه بأى طريق آخر ، لأنه إذا كان التظلم بطريق الاستئنـــاف حقا للمحكوم عليه ، فإنه يشترط أن يستعمل هذا الحق فى خلال مـــدة معينة ، فـــإذا انقضت المدة فلا محل لسماع تظلمه بعد فواتها .

مادة – ٣٢١ لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية ، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية »

ويجـوز لهم أن يبدوا أدلة جـديدة لثبوت الدعاوى أو نفيها .

□□□

الغرض من الاستئناف هو تمكين المحكوم عليه من إبداء ما يعن له من وسائل الدفاع الجديدة ، واستدراك ما سهى عنه ، وتدراك ما أخطأ فى عرضه فضلا عن أن الاستئناف يحمل معنى التظلم من قضاء محكمة أول درجة لخطأ أو تقصير ولذلك لا تملك المحكمة الاستئنافية أن تفصل فى كل طلب لم يعرض على محكمة أول درجة . وقد منع النص الخصوم – فى الاستئناف – أن يقدموا طلبات بدعاوى جديدة غير الدعوى الأصلية ،إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية .

الطلب الجديد هو الذى يختلف عن الطلب الأصلى – المقدم أمام محكمة أول درجة – من حيث موضوعه أو سببه أو الخصم الموجه إليه . وقد منع المشرع إبداء طلبات جديدة فى الاستئناف على اعتبارين **أولهما** : أن فى قبول طلبات جديدة فى الاستئناف إخلالا بمبدأ التقاضى على درجتين وهو من المبادىء الأساسية التى يقوم عليها نظام التقاضى ، إذ من تقتضاه تفويت درجة من درجات التقاضى على الخصم الذى يوجه إليه الطلب . وقد قضى بأن الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب التطليق على المطعون ضده طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ وكان ما أضافته أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الانفاق عليها بعد أن تزوجها يعد طلبا جديداً يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق بسبب عدم الانفاق يقع رجعيا ، وله أحكام مختلفة أوردتها المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من اللائحة (٤٦)

وثانيها : أن قبول طلبات جديدة فى الاستئناف يتنافى مع اعتبار الاستئناف تجريحا لقضاء محكمة الدرجة الأولى وتظلما من قضائها دون أن يتصور ثمة خطأ ينسب إليها . وقد قضى بأن المحكمة الاستئنافية لا تملك التصدى للطلب الجديد المبدى أمامها لأول مرة لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضى على الخصوم ، وإذ خالفت محكمة الاستئناف ذلك وتصدت لموضوع الطلب الجديد وفصلت فيه فإن حكمها يكون مخالفاً للقانون ، وباطلا ولا يزيل هذا البطلان أن الطاعنين لم يتمسكا أمامها بطلب إعادة القضية إلى محكمة أول درجة ذلك أن مبدأ التقاضى على درجتين هو المبادىء الاساسية

---

(٤٦) طعن ١٦ / ٣٨ ق س ٢٥ / ٩٧٩ .

للنظام القضائي التي لا يجوز للخصوم النزول عنها (٤٧) وقضى بأن الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف يتعلق بنظام التقاضي ، فهو على هذا الاعتبار متعلق بالنظام العام ، وعلى محكمة الاستئناف إذا ما تبينت أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله (٤٨)

ويكون الطلب جديدا إذا اختلف عن الطلب المقدم أمام محكمة أول درجة من حيث موضوعه أو من حيث سببه أو من حيث الخصم الموجه إليه . فإذا رفعت الدعوى بطلب التطليق على الزوج للضر الذي تحكمه المادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ ، وجاءت المدعيه أمام محكمة الاستئناف وطلبت التطليق لعدم الانفاق ، فإن طلبها أمام محكمة الاستئناف يعد طلب جديدا يختلف في موضوعه عن الطلب الأول لأن التطليق بسبب عدم الانفاق يقع رجعيا وله أحكام مختلفة أوردتها المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون ٢٥ / ١٩٢٠ ، وهي أحكام تختلف عن تلك التي أوردتها المادة السادسة سالفة الذكر، ولهذا فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف ، عملا بما تقضي به الماده (٣٢ لائحة من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية ، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصليه .

أجازت المادة ٣٢١ لخصوم أن يتقدموا أمام محكمة الاستئناف بأدلة جديدة لم يسبق لهم إبداؤها أمام محكمة أول درجة ، متى كانت هذه الأدلة قصد بها إثبات الدعوى أو نفيها .

يجوز للخصوم الإتيان أمام محكمة الدرجة الثانية بأوجه دفاع جديدة – غير ما سبق أن أبدوه أمام محكمة أول درجة ، ولا جرح في ذلك إذ هي مجرد وسائل لتحقيق الغرض الأصلي وهو إثبات الدعوى أو نفيها . فللخصم اذن أن يتمسك أمام محكمة الاستئناف بأي وجه من الوجوه أو بأي دفع من الدفوع تأييدا لما يدعيه حتى لو أن ذلك طرأ بعد الحكم المستأنف لأن منهج اللائحة لا يعتبر الحكم حجة قائمة إلا بعد صيرورته نهائيا ومن وظيفة محكمة الدرجة الثانية أن تحسم النزاع بين الفريقين حسما قاطعا ،ولا يتسنى لها ذلك إلا إذا أفسحت لهم المجال بابداء كل ما هو متعلق بالموضوع قديما وحديثا ،وهو ما يتفق من جهة

---

(٤٧) طعن ٣٩٣ / ٣٧ ق س ٢٢ ص ٩٨٩ .
(٤٨) « ٢٨٨ / ٢٠ ق ع ١٩ / ٣ / ١٩٥٣

أخرى مع رغبة المشرع من حيث قطع دابر النزاع وتقليل الخصومات بقدر المستطاع وهذا لا يدرك إذا كان الدفع الطارىء بعد الحكم يقتضى دعوى مستقلة .

شرط تقديم الأدلة الجديدة فى الاستئناف ، أن يبقى موضوع الطلب الأصلى على حاله ، لأن الأدلة الجديدة إنما تقبل لإثبات الدعوى أو نفيها ، وهذه الأدلة هى الاسانيد الواقعية والقانونية التى تبرر الدعوى الأصلية – أى الطلبات الأصلية فى الدعوى – وقد تكون هذه الاسانيد دليلا جديداً أو نصا قانونيا ، أو حجة قانونية ، ولا تأثير لها على وحدة الطلبات الأصلية .

مادة – ٣٢٢ جميع القواعد المقررة فى شأن رفع الدعاوى والسير فيها أمام المحاكم الابتدائية تتبع فى الدعاوى المستأنفة ، وكذا جميع القواعد المقررة فيما يتعلق بالأحكام والقرارات .

□□□

مقتضى نص المادة ٣٢٢ أن الاستئناف ينظر ويحقق ويفصل فيه طبقا للاجراءات التى رسمها القانون لنظر وتحقيق الدعوى والسير فيها أمام المحاكم الابتدائية . وكذلك القواعد والأجراءات المتعلقة بالحضور والغياب فيما يتعلق بصدد الأحكام والقرارات .

وقضى بأن الاستئناف يعتبر مرفوعا . وتتصل به محكمة الاستئناف بتقديم صحيفته إلى قلم الكتاب فى الميعاد المحدد بالمادة ٣٠٧ لائحه ، وقيده فى الجدول فى الميعاد المحدد فى المادة ٣١٤ من اللائحة . أما اعلان الصحيفة للخصم لتقوم الخصومة بينه وبين المستأنف فهو اجراء لم يحدد له القانون ميعاداً ، إذ للمستأنف أن يقوم به أو يقوم به قلم الكتاب بعد قيد الدعوى (٤٩)

وقضى بأن عدم اعلان أحد المستأنف عليهم لا يترتب عليه بطلان الحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلا قبل إعادة إعلانه أو الحكم الصادر فى الموضوع . كما أنه بالحكم بقبول الاستئناف شكلاً تكون المحكمة قد استنفدت ولايتها على شكل الاستئناف بحيث لا تملك العودة إليه والحكم بعدم قبوله (٥٠)

---

(٤٩) طعن ٣٢ / ٤٤ ق س ٢٨ ص ٥٥٦ .
(٥٠) « ١٠ / ٣٠ ق س ١٦ ص ٢٤٤ .

وقضى بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية الشرعية (بهيئة استئنافية) بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للسير فيها طبقا للمنهج الشرعي . مؤداه الغاء الحكم المستأنف ، ومن ثم فمتى كان الحكم المطعون فيه إذا أسس قضاءه على أن الحكم المستأنف قائم لم يمسه الحكم الصادر فى الاستئناف بإعادة القضية لمحكمة أول درجة للسير فيها - لا بالتأكيد ولا بالتعديل ولا بالألغاء ، وأنه قرار إجرائى لم ينل من الحكم شيئاً ، فإنه يكون قد خالف القانون (٥١)

وقضى بأنه ، لئن كان طلب التحقيق بشهادة الشهود جائزا تقديمه فى أية حالة تكون عليها الدعوى باعتباره من وسائل الدفاع التى يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، إلا أنه متى كانت محكمة أول درجة قد أمرت بإجرائه وأحضر الخصم المكلف بالاثبات شهوده وتقاعس خصمه عن إحضار شهود النفى ، فإنه لا على محكمة الاستئناف إذا لم تستجب إلى طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد طالما أن محكمة أول درجة قد مكنته من نفى الوقائع المراد اثباتها بالبينة (٥٢) وأن لمحكمة الاستئناف أن تكتفى بمراجعة أقوال الشهود فى التحقيق الذى اجرته محكمة اول درجة وتستخلص منها ما تطمئن إليه ولو كان مخالفا لما استخلصته تلك المحكمة (٥٣) كما قضى بأنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إن هى اعتمدت على أقوال شاهدى المطعون عليهما فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، اعتبارا بأن محضر هذا التحقيق يعد من أوراق الدعوى المطروحه عليها بسبب نقل الدعوى بحالتها عليها ، طالما أن هذا المحضر لم يشبه بطلان فى ذاته ، ولا تفيد إحالة محكمة الاستئناف الدعوى إلى التحقيق من جديد إطراحا لأقوال الشهود أمام محكمة أول درجة بحيث لا يمتنع عليها الاستناد إلى التحقيق (٥٤)

المحكمة الاستئنافية لها نفس سلطة المحكمة الابتدائية قبل اصدار الحكم فى المستأنف ، فلها أن تأمر باجراءات الاثبات التى كانت محكمة اول درجة تستطيع الأمر بها ، سواء أمرت بها محكمة أول درجة أم لا . لأن دور محكمة الاستئناف

---

(٥١) طعن ٥٠ / ٣١ ق س ١٥ ص ٥٧٣ .
(٥٢) طعن ١١ / ٤٧ ق س ٣٠ ص ١٩٦ ع ٢
(٥٣) « ٨٦٨ / ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٤٦ ع ٢
(٥٤) « ٨ / ٤٤ ق س ٢٧ ص ٢٧١ .

هو الوصول إلى الحقيقة فلها أن تسمع الشهود وأن تحيل إلى أهل الخبرة ، وأن تنتقل للمعاينة ، وأن تلزم الخصم بتقديم مستند ، وكل ما هو من سلطة محكمة أول درجة . وقد قضى بأنه إذا كان الحكم المستأنف قد جعل لمحكمة اول درجة أن تنفرد بتقدير أقوال الشهود دون رقابة من محكمة الاستئناف فإنه يكون قد خالف الأثر الناقل للاستئناف وحجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع وتخلى عن تقدير الدليل فيه مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب (٥٥)

لا تتقيد محكمة الاستئناف - وهى تعيد النظر فى القضية المطروحة عليها - بما انتهى اليه الحكم المستأنف لأن الاستئناف ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف ، مما يقتضى من تلك المحكمة أن تعيد النظر فى الحكم المستأنف من الناحية القانونية والموضوعية ، فإذا حجبت محكمة الاستئناف نفسها عن ممارسة سلطتها فى مراقبة تقدير محكمة أول درجة بمقولة أنها لا تملك التعقيب على هذا التقدير ، فإنها تكون قد خالفت القانون (٥٦)

القواعد المتعلقة بالأحكام والقرارات أمام المحاكم الابتدائية يجب اتباعها فى الدعاوى المستأنفة . وقد قضى بأنه إذا أقام الحكم الابتدائى قضاءه بتطليق الطاعنه على دعامتين مختلفتين تستقل إحداهما عن الأخرى ، واكتفى الحكم المطعون فيه - فى الغائه الحكم الابتـدائى - بالرد على إحدى الدعامتين دون أن يعرض لبحث الدعـامة الأخرى - وهى دعامة جـوهرية - فإنه يكون معيبـا بالقصور (٥٧)

مادة - ٣٢٣ إذا قررت محكمة الاستئناف الغاء حكم صـادر فى الاختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى ، وكانت القضية صالحة للفصل فى موضوعها ، لا تردها إلى محكمة أول درجة ، بل تفصل بما يقتضيه المنهج الشرعى .

---

(٥٥) « ٥٢ / ٣٥ ق س ٢٢ ص ٨٦٥ .

(٥٦) « ٤٦٢ / ٣٠ س ١٦ س ١٦ ص ١٠٣٦ .

(٥٧) طعن ١٩ / ٣٨ ق س ٢١ ص ٥٤٥ .

ويستثنى من حكم هذه المادة أحكام الاختصاص أو الاحالة الصادرة من المحاكم الجزئية . فى المواد التى يكون حكمها فيها انتهائيا ، ففى هذه الحالة يجب على المحكمة الاستئنافية رد القضية إلى المحكمة المختصة .

□□□

أجازت المادة ٣٠٥ من اللائحة استئناف الحكم - أو القرار - الصادر فى الاختصاص أو الاحالة ، لأن الحكم الصادر بعدم الاختصاص بنظر الدعوى واحالتها إلى محكمة أخرى - وإن لم يفصل فى موضوع الدعوى - إلا أنه ينهى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرته ، ويكون قابلا للطعن المباشر فى الميعاد (٥٨) وقضى بأنه إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المحكمة الجزئية أحالت الدعوى برمتها إلى المحكمة الابتدائية ، بما يعتبر قضاء قطعيا بعدم اختصاصها بنظرها وهو حكم منه للخصومة كلها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص ، ولن يعقبه حكم آخر فى موضوع الدعوى من المحكمة التى أصدرته ، ويقبل الطعن فى حينه ، (٥٩) فإذا لم يحصل الطعن فى الميعاد ، فإنه بذلك يصبح حكما نهائيا تتقيد به المحكمة الابتدائية المحال اليها الدعوى ، ولو كان قد بنى على قاعدة غير صحيحة فى القانون لأن قوة الأمر المقضى تعلو على اعتبارات النظام العام ، ويمتنع عليها كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه من جديد .

الحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى يجوز الطعن فيه استقلالا ولو صدر أثناء سير الدعوى بغير فصل فى باقى الطلبات المطروحة فيها والتى استبقتها المحكمة للقضاء فى موضوعها اعتبارا بأنه حكم منه للخصومة ، ومنه لها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص طالما أنه لن يعقبه حكم فى موضوعه (٦٠)

القاعدة الواردة فى المادة ٣٠٥ (٦١) تجيز إستئناف كل حكم أو قرار صادر فى الاختصاص ، سواء كان الحكم - أو القرار - صادرا باختصاص المحكمة

---

(٥٨) س ٢٣ ص ٦٦١ .

(٥٩) طعن ٦٤٦ / ٤٦ ق س ٣٠ ص ٥٩١ ع ٢ .

(٦٠) « ٦٠٢ / ٤٠ ق س ٢٧ ص ١٥٩٤ .

(٦١) راجع التعليق على عجز الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ .

أو عدم اختصاصها إلا أنه قضى بأن الحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص هو حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى به الخصومة كلها أو بعضها ، فيكون الطعن فيه مع الحكم الصادر فى الموضوع لا فور صدوره وعلى استقلال وفقا لنص المادة ٣٧٨ مرافعات (٦٢)

أوجبت المادة ٣٢٣ لائحة على المحكمة الاستئنافية أن تتصدى للفصل فى موضوع الاستئناف إذا قضت بالغاء الحكم الصادر فى الاختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى ، واشترطت المادة المذكورة للتصدى ما يأتى :

١ – أن يكون الحكم المستأنف صادرا فى الاختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى . يستوى فى ذلك أن يكون صدوره من محكمة جزئية أو محكمة كلية . غير أن محكمة الاستئناف لا تملك حق التصدى للموضوع إلا إذا كان من المواد التى يحكم فيها القاضى بصفة ابتدائية . أما إذا كان الحكم صادرا من القاضى بصفة انتهائية ففى هذه الحالة يتعين على المحكمة الاستئنافية إذا الغت الحكم المستأنف أن ترد القضية إلى محكمة أول درجة للفصل فيها .

٢ – أن تكون المحكمة الاستئنافية قد رأت الغاء الحكم المستأنف ، لأنها لو حكمت بتأييد الحكم المستأنف – فى حالتى الاختصاص أو الإحالة – ثم تصدت للموضوع فإنها بذلك تكون قد حرمت المستأنف من حق التقاضى على درجتين .

٣ – أن تكون القضية صالحة للفصل فى موضوعها أمام محكمة الاستئناف بحالتها التى هى عليها بدون أى إجراء آخر من اجراءات الاثبات ، وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها إذا أدلى الخصوم بأقوالهم وحددوا طلباتهم واوضحوا دفاعهم (٦٣)

مادة – ٣٢٤ إذا استؤنف فى أثناء سير الدعوى حكم أو قرار من الأحكام والقرارات التى يجوز استئنافها قبل الحكم فى أصل الدعوى ، فبعد الفصل فيه من محكمة الاستئناف ترد القضية لمحكمة أول درجة للسير فيها مع مراعاة ما نص عليه فى الفقرة الأولى من المادة السابقة .

□□□

(٦٢) طعن ١٦ / ٣٢ ق س ١٦ ص ٣٦١ .
(٦٣) طعن ٦٥٨ / ٤١ ق س ٢٧ ص ١١٢٣ .

أجازت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية استئناف بعض الأحكام والقرارات الصادرة فى بعض الدفوع استقلالا – أى قبل أن تفصل محكمة الموضوع فى طلبات الخصوم أمامها – فإذا استؤنف حكم أو قرار من هذا القبيل ، كان على محكمة الموضوع أن تقرر وقف السير فى الدعوى حتى يصدر حكم من محكمة الاستئناف . فإذا صدر الحكم ، وكان مما يجعل محكمة أول درجة لها حق السير فى الموضوع ، كان على محكمة الاستئناف أن ترد القضية لمحكمة أول درجة للسير فيها . فإذا كان الحكم المستأنف صادرا من محكمة أول درجة فى الاختصاص أو الإحالة إلى محكمة أخرى ، وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف – وكانت القضية غير صالحة فيها ، والحكم فى موضوعها بما يقتضيه المنهج الشرعى . أما إذا قضت المحكمة الاستئنافية بالغاء الحكم المستأنف وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها فإنها لا تردها إلى محكمة أول درجة بل تفصل فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى . (٣٢٣ / ٢ لائحة) .

مادة – ٣٢٥ المعارضة فى الأحكام الاستئنافية الصادرة فى الغيبة يلزم تقديمها فى ظرف الأيام العشرة التالية لإعلان تلك الأحكام وإلا سقط الحق فيها.

□□□

أجازت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعارضة فى الأحكام الغيابية الاستئنافية – أى الصادرة من محكمة ثانى درجة – سواء كانت صادرة من محكمة كلية بهيئة استئنافية أم كانت صادرة من محكمة استئناف .

وتكون المعارضة فى الأحكام الاستئنافية الصادرة فى الغيبة من الخصم الصادر الحكم فى غيبته – طبقا لقواعد الغياب المقررة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلا يملك المعارضة من كان خارجا عن الخصومة ، ولو أضر به الحكم الصادر فى الغيبة .

والحكم الذى يجوز المعارضة فيه طبقا لنص المادة ٣٢٥ لائحة هو كل حكم استئنافى صادر فى الغيبة .

ميعاد المعارضة الاستئنافية

نصت المادة ٣٢٥ على أن ميعاد المعارضة . فى ظرف الأيام العشرة التالية لإعلان الحكم الاستئنافى الصادر فى الغيبة . وهذا الميعاد غير كامل كما يعلم من نص المادة – إذ اعتبرت الميعاد ظرفا يتم فيه تقديم المعارضة .

ميعاد المعارضة الاستئنافية من المواعيد التى يضاف إليها ميعاد مسافة عملا بالمادة ١٦ من قانون المرافعات .

بدء ميعاد المعارضة .

يبدأ ميعـاد المعارضة بإعلان الحكم الاستئنافى الغيـابى للمحكوم ضده ، وطبقا لحسـاب مواعيد الطعن لا يدخـل فى الميعاد يوم الإعلان ، إلا أنه يتعين تقـديم المعارضة فى ظرف الأيام العشرة التالية للإعلان . وإلا سقط الحق فيها .

مادة - ٣٢٦ رفع المعارضة المذكورة يكون بتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة بالكيفية والأوضاع المقررة لرفع الدعاوى .

□□□

كيفية رفع المعارضة

ترفع المعارضة فى الأحكام الاستئنافية الصادرة فى الغيبة بتكليف بالحضور تراعى فيه الأوضاع المقررة لرفع الدعوى فى قانون المرافعات بمعنى أن التكليف بالحضور يجب أن يشتمل على البيـانات الخاصة بأوراق المحضرين ، وأن تعلن طبقا للقواعد المقررة بالنسبة لهذه الأوراق .

ويجب أن تشتمل ورقة التكليف بالحضور على البيات التى يجب أن تتضمنها صحيفة افتتاح الدعوى (المادة ٩ مرافعات) وبيان الحكم المعارض فيه وأسباب المعارضة .

وترفع المعارضة فى الأحكام الاستئنافية الصادرة فى الغيبة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المعارض فيه . ولا تقبل المعارضة إلا من الخصم الغائب ولا تقبل المعارضة فى الحكم من الخصم الذى رضى به كتابة أو قبل تنفيذه بلا ممانعه .

وتتبع المحكمة فى نظر المعارضة الطرق المبينة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى شأن غيبة المدعى أو المدعى عليه ، فإذا لم يحضر المعارض فى جلسة المعارضة اعتبرت معارضته كأن لم تكن .

لا تقبل المعارضة فى الحكم الذى يصدر فى المعارضة .

مادة ٣٢٧ - يجوز لكل ذى شأن أن يستأنف التصرف فى الأوقاف الصادرة من المحكمة الشرعية الابتدائية بصفة ابتدائية فى ظرف ثلاثين يوما بالأكثر من يوم صدور التصرف .

ويجوز لوزير الأوقاف أن يرفع استئنافا فى مسائل الأوقاف الخيرية فى الميعاد المذكور . ويرفع الاستئناف بتقرير يقدم لقلم كتاب محكمة التصرف الابتدائية أو لقلم كتاب المحكمة العليا . ويترتب على الاستئناف إيقاف تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية ، إلا فى إقامة الناظر أو ضم ناظر أو أفراد أحد الناظرين بالتصرف ، وتفصل المحكمة العليا بعد الاطلاع على الأوراق .

ويجوز لها أن تستدعى من ترى لزوما لسماع أقواله وأن تستوفى ما تراه لازما من الإجراءات .

ولمحكمة الاستئناف أن تلغى أو تعدل التصرف المستأنف أمامها ، ولها أن تقيم ناظرا عند الغائها التصرف بإقامة الناظر .

□□□

تختص المحكمة الابتدائية الشرعية بالفصل فى تصرفات الاوقاف ، ويكون قرارها نهائيا فى الاذن بالخصومة ، وطلب الاستدانه - إذا كان المبلغ المطلوب استدانية لا يزيد على مائتى جنية مصرى ، وطلبات الاستدانة ، وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم - إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنية مصرى . (مادة ٨ لائحة .

ويكون قرار المحكمة الابتدائية الشرعية ابتدائيا فى تصرفات الأوقاف فيما عدا ذلك ، ويكون قابلا للاستئناف بدون قيد ولا شرط ومهما كانت قيمة العين الموقوفة .

ومحكمة التصرفات تختص :

أولا : بسماع الاشهاد المشتمل على حرمان صاحب الاستحقاق الواجب من كل الاستحقاق الذى أوجبه له القانون أو من بعضه . والاشهاد المشتمل على الحرمان يتناول إشهاد الوقف ويتناول اشهاد التغيير .

ثانيا : سماع الاشهـــاد بالرجوع فى الوقف كله أو بعضـــه أهليا كان أو خبـــريا متى كان الرجـــوع فى وقف صــــدر قبل العمل بالقـــانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ .

ثالثا : التغيير في مصارف الوقف كله أو بعضه اهليا كان أو خيريا متى كان الوقف صادرا قبل العمل بالقانون رقم ٤٨ / ١٩٤٦ .

والقرار الذى تصدره المحكمة بشأن سماع الاشهاد أو رفضه يكون قابلا للاستئناف .

القرار الذى يصدر بسماع الإشهاد ، اعتبر تصرفا ، فلم يوجب القانون نفاذه مؤقتا ، ويترتب على استئنافه وقف تنفيذه ، كما أنه لا يجوز تنفيذه قبل مضى ميعاد استئنافه .

ومواد التصرفات فى الاوقاف كثيرة كمواد عزل النظار ، وطلبات إقالتهم ، وتقرير حق القرابة فى وقف القرابات .

ومحكمة التصرفات ليست محكمة إظهار للحقوق وتقرير لما هو ثابت ، وإنما هى محاكم منْح وإنشاء للحقوق بمقتضى مالها من الولاية العامة . وتفصل هذه المحكمة فى النزاع الذى يتوقف عملها الولائى على الفصل فيه ، فإذا قدمت اثناء نظر المادة المعروضة عليها مطاعن فى أصحاب الشأن أو انكرت صفاتهم فإن المحكمة تبحث كل هذا وتفصل فيه لتتمكن من القيام بعملها الولائى .

يكون الاستئناف من كل ذى شأن فى التصرف إذا كان يمتد إثره اليه .

ميعاد الاستئناف

يكون استئناف القرار الصادر من المحكمة الشرعية الابتدائية بالتصرف فى الاوقاف فى ظرف ثلاثين يوما ، ولابد أن يرفع الاستئناف خلال هذه المدة لأن مدة الثلاثين يوما الوارد فى بالنص تعتبر ظرفا له ، وتبدأ هذه المدة من اليوم التالى لصدور التصرف .

رفع الاستئناف

يرفع الاستئناف بتقرير فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت التصرف . ويجوز أن يكون الاستئناف بتقرير فى قلم كتاب محكمة الاستئناف .

أثر الاستئناف .

يترتب على الاستئناف وقف تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بالتصرف كقاعدة عامه إلا أن النص استثنى من ذلك القرار الصادر فى إقامه

الناظر أو ضم ناظر أو إفراد أحد الناظرين بالتصرف ، وذلك حتى لا يبقى الوقف بدون نظر ، كما انه عند القضاء فى الاستئناف بالغاء القرار فإنه يمكن محاسبة الناظر عما إجراه من أعمال فى صالح الوقف أو ضده .

أجاز القانون لوزير الأوقاف أن يرفع استئنافا فى التصرفات التى تصدر من المحكمة الابتدائية الشرعية فى تصرفات الأوقاف الخيرية ويكون الاستئناف فى ميعاد الثلاثين يوما التالية لصدور القرار المستأنف ويرفع الاستئناف إما لقلم كتاب محكمة التصرف الابتدائية أو لقلم كتاب محكمة الاستئناف ، ويكون الاستئناف بتقرير يقدم لقلم الكتاب .

سير الاستئناف

يجوز لمحكمة الاستئناف أن تكتفى بالأوراق المقدمة لمحكمة أول درجة ، ولها أن تستدعى من ترى لزوما لسماع أقواله ، ولها أيضا أن تستوفى ما تراه لازما من إجراءات فتسمع البينة ، وتستكمل الاثبات بكافة طرقه ، ثم تفصل بعد ذلك بالحكم بالغاء القرار أو تعديله بأن تعدل القرار المستأنف أمامها .

ويجوز لمحكمة الاستئناف إذا الغت القرار المستأنف والصادر بإقامة ناظر ، أن تقيم هى ناظرا جـــديداً ، أو تعيد ناظراً سبق الاعتراض عليه ، أو سبق رفض طلبه .

التماس اعادة النظر

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية على أن « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » وقد نصت المادة الثالثة عشر من ذات القانون على الغاء المواد ٣٢٩ إلى ٣٣٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى تحكم التماس إعادة النظر ، ومن ثم اصبحت نصوص قانون المرافعات هى الواجبة التطبيق فى أحوال التماس إعادة النظر فى منازعات الأحوال الشخصية .

نصوص قانون المرافعات الخاصة بالتماس إعادة النظر هى المواد من ٢٤١ إلى المادة ٢٤٧ .

المادة ٢٤١ « للخصوم أن يلتمسوا اعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية :

١ - إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم .

٢ - إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بنى عليها أو قضى بتزويرها .

٣ - إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

٤ - إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

٥ - إذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو قضى باكثر مما طلبوه .

٦ - إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض .

٧ – إذا صدر الحكم على شخص طبيعى أو اعتبارى لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فى الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية .

٨ – لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم .

□□□

القاعدة فى التماس اعادة النظر انه طريق لمواجهة أخطاء فى الواقع المعروض على المحكمة إلا أن المادة ٢٤١ من قانون المرافعات جعلت من أسباب الالتماس عيوبا لا تتعلق بتقدير الوقائع ، وإنما تتعلق بخطأ فى الإجراءات وقد نصت الفقرات الخامسة والسادسة والسابعة والثامنة على هذه الحالات .

يشـــترط فى الغش المنصـــوص عليه فى الفقرة الأولى ما يأتى :

١ – أن يتوجه الغش إلى أحد مصادر معلومات القاضى ، أو يؤدى إلى منع الخصم من حرية الدفاع . وقد قضى بأن الغش الذى يبنى عليه الالتماس بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤١ / ١ من قانون المرافعات هو الذى يقع ممن حكم لصاحبه فى الدعوى بناء عليه ، ولم يتح للمحكمة أن تتحرز عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه وتنويرها فى حقيقة شأنه لجهله به وخفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه ، فإذا كان مطلعا على أعمال خصمه ولم يناقشها ، أو كان فى وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يفضح أمره ، أو كان فى مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه فى المسائل التى يتظلم منها ، فإنه لا وجه للالتماس . (١)

٢ – أن يكون الغش خافيا على ملتمس اعادة النظر طوال نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصـــة لتقديم دفاعه فيه وتنوير حقيقته للمحكمة فتأثر به الحكم . (٢) أما ما تناولته الخصومة وكان محل أخذ ورد بين طرفيها وعلى أساسه رجحت المحكمة قول خصم على آخر وحكمت له اقتناعا منها ببرهانه فلا يجوز التماس اعادة النظر فيه .

---

(١) طعن رقم ١٧١ / ٤٨ ق س ٣٢ ج ٢ ص ١٥٩١ .
(٢) طعن ٣٥٢ / ٣٢ ق س ١٧ ص ١٧٥٨ .

٣ – أن يكون الغش قد أثر في اصدار الحكم ، بمعنى أن يكون التقدير الذي اشتمل عليه الحكم قد تحدد استنادا إلى التمثيل المزيف للحقيقة الراجع إلى الغش ، بحيث إنه بغير هذا الغش ما صـدر الحكم بالمضمون الـذي صدر به (٣) وقد قضى بأن الطعن في الحكم الانتهائي بطريق الالتماس شرطه أن يقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم (٤) كما قضي بأن الغش الذي يبني عليه الالتماس بالمعنى الذي تقصده المادة ١٤١ / ١ من قانون المرافعات ، هو الذي يقع ممن حكم لصالحه في الدعوى بناء عليه ، ولم يتح للمحكمة أن تتحرز عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه ، وتنويرها في حقيقة شأنه لجهله به وخفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه ، فإذا كان مطلعاً على أعمال خصمه ولم يناقشها ، أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يفضح أمره ، أو كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التي يتظلم منها ، فإنه لا وجه للالتماس . (٥) وعلى ذلك إذا كان قوام الغش المدعى ، سبق عرضه على المحكمة في مواجهة الخصم المحكوم عليه ، ولم يبد عليه مطعنا ، فإن الحكم إذ خلص إلى عدم وقوع غش من المحكوم له ورتب على ذلك عدم قبول الالتماس ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤١ .

١ – أن يكون الحكم المطعون عليه بطريق الالتماس قد بنى على الورقة المزورة وحدها . أما إذا كان الحكم قد بنى على الورقة المزورة ، وعلى أدلة أخرى ولكنها تحمل الحكم فلا يقبل الالتماس .

٢ – أن يثبت تزوير الورقة التي كانت اساسا للحكم ، إما باعتراف الخصم وإما بالقضاء بتزويرها بعد الحكم ، على أن يكون ذلك قبل رفع الالتماس . ولهذا يكون الالتماس غاية لاصلاح حكم بني على ورقة مزورة لا وسيلة لإثبات تزويدها . فلا يجوز رفع الالتماس والأدعاء بالتزوير في دعوى الالتماس في ورقة بنى عليها الحكم الملتمس فيه (٦)

---

(٣) الوسيط في قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي .

(٤) طعن ٨٤٨ / ٤٣ ق س٢٩ ص ٦٠٩ .

(٥) طعن ١٣ / ٤٦ ق س ٢٨ ص ١٨٧١ .

(٦) طعن ١٦٢ ، ١٨٤ / ٢١ ق ع ٢ / ١٢ / ١٩٥٤ .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٤١

١ - أن يكون الحكم قد بنى على الشهادة المزورة .

٢ - أن يثبت تزوير الشهادة بحكم من القضاء ، ولا يكفى اقرار الشاهد بأن شهادته كانت مزورة .

٣ - أن يكون ثبوت تزوير الشهادة بحكم من القضاء بعد صدور الحكم المراد الطعن عليه وقبل رفع الالتماس . هذا ويلاحظ أن الالتماس الذى يرفعه المحكوم عليه ويقصد به اثبات تزوير الشهادة لا يكون مقبولا .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٤١ . ما يأتى :

١ - أن تكون الأوراق التى حصل عليها الملتمس قاطعة فى الدعوى ، ولو قدمت لغيرت وجه الحكم فيها لمصلحة الملتمس .

٢ - أن تكون الورقة محجوزة بفعل الخصم ، فإذا كان الملتمس قد حصل على هذه الورقة من المحكوم له بعد الحكم النهائى تفيد استلامه مبلغا فإنه لا يتوافر بالحصول على هذه الورقة الحالة الرابعة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١ مرافعات « كان خصمه قد حال دون تقديمها » إذ الوصف الأخير لا ينطبق عليها . (٧)

٣ - أن يكون الملتمس جاهلا أثناء الخصومة وجود الأوراق تحت يد حائزها .

٤ - أن يحصل الملتمس - بعد صدور الحكم المراد الالتماس فيه - على الأوراق القاطعة بحيث تكون فى يده عند رفع الالتماس .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة الخامسة من المادة ٢٤١

ألا يبين من الحكم المراد الالتماس فيه أن المحكمة قضت بما قضت به مدركة حقيقة ما قدم لها من الطلبات . وعالمة بأنها بقضائها إنما تقضى بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، ومع ذلك أصرت على هذا القضاء مسببة إياه فى هذا الخصوص ، فإذا تحقق من الحكم ادراكها وعلمها بما تقضى به امتنع الطعن على حكمها بطريق الالتماس . (٨) وإنما يكون الطعن عليه بالطرق الأخرى طبقا للقواعد العامة .

---

(٧) طعن ١٣٣ / ٢٠ ق ج ١٧ / ٤ / ٩٥٢ .

(٨) طعن ٢٠٤ / ٢٥ ق س ١٠ ص ٥٩٧ .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة السادسة من المادة ٢٤١

أن يكـون منطوق الحكم الملتمس فيه مناقضـا بعضه لبعض ، وقد قضى بأن التناقض فى منطوق الحكم هو من أحوال الطعن بطريق الالتماس ، أما التناقض فى الأسباب بحيث لا يفهم معه على أى اساس قضت المحكمة بما قضت به فى المنطوق هو التناقض الذى يبطل الحكم ويؤدى إلى نقضه (٩)

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة السابعه من المادة ٢٤١

أن يكون الحكم صادرا على شخص لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحـــا فى الدعوى ســـواء كان شخصا طبيعـــا أو اعتباريا . ويخـرج من هذه الحالة حالة النيابة الاتفاقية .

يشترط لقبول الالتماس المنصوص عليه فى الفقرة الثامنة من المادة ٢٤١

أن يكون الحكم المراد الالتماس فيه حجة على شخص لم يكن قد ادخل فى الخصومة أو تدخل فيها ، وذلك بشرط أن يثبت غش من كان يمثله أو تواطؤه أو اهماله الجسيم . كما لا يقبل الالتماس من شخص لا يعتبر الحكم حجة عليه إذ حسبه أن يدفع بانتفاء حجيته فى مواجهته .

مادة ٢٤٢ ميعاد الالتماس اربعون يوما . ولا يبدأ فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرات الأربع الأولى من المادة السابقة إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة .

ويبدأ الميعاد فى الحالة المنصوص عليها فى الفقرة السابعة من اليوم الذى يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلا صحيحا .

ويبدأ الميعاد فى الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثامنة من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الأعمال الجسيم .

□□□

(٩) طعن ٦٠١ / ٣٩ ق س ٢٦ ص ٥٧٣ .

ميعاد الالتماس كقاعدة عامة اربعون يوما . إلا أن الواقعة التى يبدأ منها هذا الميعاد تختلف باختلاف السبب التى يبنى عليه الالتماس وذلك على البيان التالى :

١ - إذا كان الالتماس يقوم على سبب من الاسباب الأربعة الأولى المبينة فى المادة ٢٤١ من قانون المرافعات فإن ميعاد الالتماس يبدأ من اليوم الذى يظهر فيه الغش ، أو الذى اقر فيه بالتزوير من صدر لصالحه الحكم ، أو حكم بثبوت التزوير فيه . أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة . ويقصد بظهور الورقة أن ينكشف أمرها لمن أراد الالتماس فى الحكم ، وأن تصبح فى متناول يده وتحت بصره بحيث يمكنه الاطلاع عليها دون ما حائل أو عائق ، ولا يقصد بظهور الورقة الذى يبدأ به ميعاد الالتماس أن يحوزها الملتمس حيازة مادية ، كما أنه إذا انتهت المحكمة إلى عدم قبول الالتماس شكلا لرفعه بعد الميعاد ، فإن التمسك بظهور ورقة جديدة اثناء نظره ليس من شأنه أن يصحح شكل هذا الالتماس (١٠)

٢ - إذا كان سبب الالتماس هو القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، أو كان منطوق الحكم المراد الالتماس فيه مناقضا بعضه لبعض ، فإن ميعاد الالتماس يبدأ من يوم صدور الحكم .

٣ - إذا كان سبب الالتماس هو صدور حكم على شخص - طبيعى أو اعتبارى - لم يمثل فى الخصومة تمثيلا صحيحا ، فإن ميعاد الالتماس يبدأ من أعلان الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلا صحيحا ، أو إلى المحكوم عليه نفسه إذا لم يكن له ممثل أصلا أو زالت صفة من كان يمثله تمثيلا صحيحا .

٤ - إذا كان سبب الالتماس ممن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، بسبب غش من كان يمثله أو تواطئه أو أهماله الجسيم ، فإن ميعاد الالتماس يبدأ من ظهور هذا الغش أو التواطؤ أو الاهمال الجسيم .

المادة - ٢٤٣ يرفع الالتماس أمام المحكمة التى أصدرت الحكم بصحيفة تودع قلم كتابها وفقا للأوضاع المقررة لرفع الدعوى .

---

(١٠) طعن ٥٢٥ / ٢٦ ق س ١٣ ص ٧٨٣ .

ويجب أن تشتمل صحيفته على بيان الحكم الملتمس فيه وتاريخه وأسباب الالتماس وإلا كانت باطلة . ويجب على رافع الالتماس فى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقرتين السابعة والثامنة من المادة ٤٢١ أن يودع خزانة المحكمة مبلغ عشرة جنيهات على سبيل الكفالة . ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الالتماس إذا لم تصحب بما يثبت الإيداع .

ويجوز أن تكون المحكمة التى تنظر الالتماس مؤلفه من نفس القضاه الذين أصدروا الحكم .

□□□

يرفع الالتماس بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المراد الالتماس فيه . ويكون رفع الالتماس طبقا للاوضاع المقررة فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات لرفع الدعوى »

بيانات صحيفة الالتماس

١ – البيانات التى تتضمنها صحيفة افتتاح الدعوى أمام محكمة أول درجة .

٢ – بيان الحكم المراد الالتماس فيه وتاريخ النطق به .

٣ – سبب الالتماس ، على أن يكون هذا السبب من الأسباب التى نص القانون عليها فى المادة ٢٤١ مرافعات

إذا تخلف أحد البيانين السابقين كانت صحيفة الالتماس باطلة

٤ – بيان أدلة الالتماس المتعلقة بالسبب الذى يقوم عليه الالتماس . مع تحديد اليوم الذى اكتشف فيه الغش أو ثبت فيه التزوير أو ظهرت الأوراق إذا كان سبب الالتماس هو أحد هذه الأسباب . وذلك حتى يبين الملتمس أن سبب الالتماس قد اكتشف بعد صدور الحكم ، وأن الالتماس قد رفع فى الميعاد القانونى الذى يبدأ من هذا اليوم (١١)

٥ – أن يودع الملتمس خزانه المحكمة مبلغ عشرة جنيهات على سبيل الكفالة وفى حالة عدم الأيداع يمتنع قلم الكتاب عن استلام صحيفة الالتماس .

---

(١١) فتحى والى فى الوسيط فى القضاء المدنى .

مادة ٢٤٤ – لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحـكم .

ومع ذلك يجوز للمحكمة التى تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك ، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه .

ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تـأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون عليه .

❑❑❑

مادة ٢٤٥ – تفصل المحكمة أولا فى جواز قبول التماس أعادة النظر ثم تحدد جلسة للمرافعة فى الموضوع دون حاجة إلى أعلان جديد ، على أنه يجوز لها أن تحكم فى قبول الالتماس وفى الموضوع بحكم واحد إذا كان الخصوم قد قدموا أمامها طلباتهم فى الموضوع .

ولا تعيد المحكمة النظر إلا فى الطلبات التى تناولها الالتماس .

❑❑❑

الأصل فى نظر الطعن بطريق الالتماس أن يمر على مرحلتين تقتصر اولاهما على الفصل فى جواز قبوله . والثانية تتناول الفصل فى موضوع النزاع . ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم فى قبول الالتماس وفى موضوعه بحكم واحد إذا كان الخصوم قد قدموا طلباتهم فى الموضوع .

ويكفى للفصل فى قبول الالتماس أن تتحقق المحكمة من توافر الأوضاع الشكليه فيه من حيث رفعه خلال الميعاد وفقا للأوضاع القانونية المقررة ، وروروده على حكم قابل له ، وابتنائه على وجه من الأوجه المبينة فى القانون على سبيل الحصر ، فإن وجدت أنها متوافرة ، ولم يكن الخصوم قد أبدوا طلباتهم فى الموضوع أمامها أو لم تشأ أن تستعمل مالها من حق فى الفصل فى الموضوع فى هذه الحالة قضت بقبول الالتماس وحددت جلسه للمرافقة فى الموضوع دون

حاجة لاعلان جديد ، وعندئذ يعود الخصوم إلى مواضعهم الأصلية فى النزاع ، وينمحى كل ما ترتب على الحكم المطعون فيه من آثار . (١٢)

مادة – ٢٤٦ إذا حكم برفض الالتماس فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرات الست الأولى فى المادة ٢٤١ يحكم على الملتمس بغرامة لا تقل عن ثلاثة جنيهات ولا تجاوز عشرة جنيهات . وإذا حكم برفض الالتماس فى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقرتين الأخيرتين تقضى المحكمة بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

وفى جميع الأحوال يجوز الحكم بالتعـويضات أن كان لهـا وجه .

□□□

مادة ٢٤٧ الحكم الذى يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذى يصدر فى موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فى أيهما بالالتماس .

□□□

نص المادة ٢٤٧ مرافعات يفيد أن ما حظره المشرع هو رفع التماس بعد التماس ، وفيما عدا ذلك يترك أمر الطعن فى الأحكام الصادرة فى الالتماس للقواعد العامه (١٣) غير أنه إذا كان الطعن بالالتماس فى الحكم الصادر فى الالتماس مقدما من خصم الملتمس ، فإنه يجوز له اتخاذ طريق الالتماس باعادة النظر بشروطه .

---

(١٢) طعن رقم ٤ / ٥٠ ق س ٣٢ جزء ٢ ص ١٦٢٤ .
(١٣) طعن ١٣ (٤٦ ق س ٢٨ ص ١٨٧١ .

النقض

مادة -٢٤٨ للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الأحوال الآتية .

١ - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأديله .

٢ - إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم .

□□□

مادة - ٢٤٩ للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى .

□□□

الأحكام الجائز الطعن فيها بطريق النقض .

القاعدة العامة أن الطعن بطريق النقض لا يقبل إلا فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف . فلا يجوز الطعن بهذا الطريق فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى ولو كانت انتهائية . أو الأحكام التى صدرت من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية إلا فى أحوال استثنائية .

ويجوز الطعن بطريق النقض فى الأحكام التى تصدر من محكمة الاستئناف فى التماس اعادة النظر .

ويجوز الطعن بطريق النقض فى غير احكام المحاكم الاستئنافية فى أحوال واردة فى القانون على سبيل الحصر - وهى الأحكام التى تصدر بصفة انتهائية أيـــا كانت المحكمة التى اصدرتها - جزئية أو ابتدائية - إذا فصلت فى نزاع خـــلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحـــاز قوة الأمر المقضى .

اسباب الطعن بالنقض

الطعن بالنقض يكون لأحد السببين الآتيين :

١ - مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله . ويقصد بمخالفة القانون ، إنكار وجود قاعدة قانونية موجودة ، أو تأكيد وجود قاعدة قانونية لا وجود لها . وقضى بأن مخالفة القانون الموجبة لنقض الحكم هى المخالفة الحاصلة فى منطوقه ولا أهمية لما يرد فى اسبابه من الأخطاء القانونية ، مادام منطوق الحكم متفقا مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة فيه . (١)

ويقصد بالخطأ فى تطبيق القانون تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها ، أو تطبيقها عليها على نحو يؤدى إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التى يريدها القانون ، أو برفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها .

ويقصد بالخطأ فى تأويل القانون أن يخطىء القاضى فى تفسير نص قانونى غامض .

ويقصد بالقانون كل قاعدة قانونية عامة واجبة التطبيق بواسطة المحكمة التى يطعن فى حكمها .

العيوب التى تشوب الحكم فيما يتعلق بتقرير الواقع ليست سببا للنقض ويقصد به التقرير الذى يرى به قاضى الموضوع أن واقعة ما حدثت أو لم تحدث - ويشمل هذا كل بحث حول وجود أو عدم وجود الظروف المتعلقة برابطة قانونية معينة . فإذا كان الحكم قدخلص نسبه الخطأ إلى شخص معين ، وتقدير درجته فإن المحاولة فى ذلك تكون جدلا موضوعيا لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض ، كما أن ثبوت واقعة الغلط ، وتقدير وسائل الاكراه كلها من مسائل الواقع .

غير أن رقابة محكمة النقض لا تنحسر عن كل ما يتصل بالواقع فمنه ما يخضع لرقابتها كالتكييف القانونى للواقعة أو تقديرها .

وبما أن الفقرة الثانية من اعادة ١٧٨ مرافعات ترتب بطلان الحكم على القصور فى أسبابه الواقعية ، فمن ثم تمتد رقابة محكمة النقض إلى بحث ما إذا كانت تلك الأسباب سائغة وتكفى لحمل قضاء الحكم .

٢ - الاخطاء الاجرائيه

الأخطاء الاجرائية التى تكون سببا للطعن بطريق النقض هى وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات اثر فى الحكم . والبطلان فى الحكم قد يرجع

---

(١) طعن ٧٢ /٢/ ق ج٢٣ / ١٢ / ٩٣٢ وطعن ٢٠١ / ٤٧ ق ج ٢٩ / ٥/ ١٩٨٢ .

إلى عيب ذاتي فيه أو عيب في الاجراءات السابقة عليه ، ومحل الطعن في الحالين هو الحكم وليس الإجراء الذي عابه .

هذا ويلاحظ أن البطلان لعيب في ذات الحكم يمكن التمسك به بطريق النقض سواء تعلق ذلك بالمصلحة العامة أم بالمصلحة الخاصة . أما البطلان الذي يعيب الحكم بسبب بطلان الإجراءات السابقة عليه فإنه يكون سببا للطعن بالنقض إذا كان الطاعن قد سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع ، ولكن هذه المحكمة رفضته . أما إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان الإجراء الذي أثر في الحكم ، فإنه لا يجوز له التمسك بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كان متعلقا بالنظام العام أو كان يتعذر معه مثول الطاعن أمام محكمة الموضوع ليتمسك به .

ويكون الحكم باطلا إذا أجملت محكمة الموضوع بعض العناصر الواقعية في الدعوى فاعجزت محكمة النقض عن مراقبة القانون . (١)

٣ – الفصل في نزاع على خلاف حكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي .

الأحكام الجائز الطعن فيها بطريق النقض في هذه الحالة هي الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي ، وهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائيا غير قابل للطعن بالطرق العادية – الاستئناف أو المعارضة وأن يظل قابلاً للطعن بالطرق غير العادية – الالتماس والنقض .

يشترط أن يكون الحكم السابق صادرا بين الخصوم أنفسهم ، وفصل في ذات النزاع بينهم ، وحاز قوة الأمر المقضي .

الطعن على الحكم بالنقض لمخالفته حجية حكم سابق ، جوازه سواء دفع أمام محكمة الموضوع بتلك الحجية أو لم يدفع (٢)

إذا كان الحكم المطعون فيه ناقض قضاء الحكم السابق الذي صدر في ذات النزاع بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم فيه ، فإن الطعن فيه بالنقض يكون جائزا رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية (٣)

ميعاد الطعن بطريق النقض

صـــدر القانون رقم ٦٢٨ / ١٩٥٥ ببعض الإجراءات في قضايا الأحـــوال

---

(١) طعن ٨٢١ / ٥٠ ق س ٣٢ ص ١١٦١ .
(٢) نقض ٢٤ / ٣ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٨٣ .
(٣) « ٢٩ / ١ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٣٩٦ .

الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ ونص فى مادته الثالثة على أنه « للخصوم وللنيابة العامة الطعن بطريق النقض فى الأحكام والقرارات المشار إليها فى المادة السابقة وذلك طبقا لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية »

المادة – ٨٨١ من قانون المرافعات

ميعاد الطعن بالنقض ستون يوما من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضوريا وإذا كان غيابيا يبدأ الميعاد من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة .

ويجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض خلال هذا الميعاد الأوراق المبينة فى المادة ٤٣٢ بند ثانيا وثالثا »

الغى القانون رقم ٧٧ / ١٩٤٩ المادة ٤٣٢ وحل محلها المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات الحالى ، وقد عدلت المادة الأخيرة بالقانون رقم ٢٨٠ / ١٩٨٠ بحيث أصبح التزام الطاعن قاصرا على إيداع صور من صحيفة الطعن بقدر عدد المطعون عليهم .

طبقا للمادة ٨٨١ من قانون المرافعات يكون ميعاد الطعن بطريق النقض هو ستون يوما .

مادة ٢٥٠ للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التى أصدرتها – إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله وذلك فى الأحوال الآتية :

١- الأحكام التى يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

٢ – الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن .

ويرفع الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . وتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم .

ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن .

□□□

مادة ٢٥١ لا يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم .

ومع ذلك يجوز لمحكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتا إذا طُلب ذلك فى صحيفة الطعن ، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه . ويعين رئيس المحكمة بناء على عريضة من الطاعن جلسة لنظر هذا الطلب يعلن الطاعن خصمه بها وبصحيفة الطعن وتبلغ النيابة .

ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون عليه . وينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ .

وإذا رفض الطلب ألزم الطاعن بمصروفاته

وعلى المحكمة إذا أقرت بوقف التنفيذ أن تحدد جلسة لنظر الطعن أمامها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر وإحالة ملف الطعن إلى النيابة لتودع مذكرة بأقوالها خلال الأجل الذى تحدده لها .

□□□

يشترط لقبول طلب وقف التنفيذ .

١ – أن يطلب الطاعن فى صحيفة الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه . أما إذا قدم طلب وقف التنفيذ استقلالا – ولو تم خلال ميعاد الطعن – فإنه لا يكون مقبولا .

٢ – أن يقدم طلب وقف التنفيذ قبل تمامه . فإذا كان الحكم المطعون عليه قد تم تنفيذه قبل رفع الطعن فإن الطلب لا يكون مقبولا . كما أنه إذا نفذ شق من الحكم قبل رفع الطعن بالنقض ، فإن طلب وقف التنفيذ لا ينصرف إلى هذا الشق ، بل ينصرف إلى الشق من الحكم الذى لم ينفذ .

ويشترط لإجابة طلب وقف التنفيذ .

١ – أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم . فجسامة الضرر الذى

يترتب على التنفيذ شرط أساسي لطلب وقفه ولذلك يتعين على طالب وقف التنفيذ مؤقتا أن يبين جسامة الضرر في صحيفة طعنه . وليس للضرر معيار خاص ، وإنما أمر تقديره متروك لتقدير محكمة النقض .

٢ - أن يتعذر تدارك هذا الضرر إذا تم التنفيذ . والتعذر يكفي فيه أن تكون اعادة الحال إلى ما كانت عليه صعبة ومرهقة ، بأن تقتضي وقتا طويلا أو مصاريف باهظة . وعلى ذلك فلا يقصد بتعذر إدراك الضرر استحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه .

مادة - ٢٥٢ ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوما . ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذى يرفعه النائب العام لمصلحة القانون وفقا لحكم المادة ٢٥٠ .

ميعاد الطعن يضاف له ميعاد مسافة إذا انطبقت شروط المادة ١٦ من قانون المرافعات ويمتد الميعاد إلى اليوم التالى إذا كان آخر ميعاد الطعن يوم جمعه أو عطله رسميه

لا يلزم التمسك بعدم قبول الطعن بالنقض من أحد الخصوم - لفوات ميعاده - إذ لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام . والطعن بالنقض في مواد الأحوال الشخصية يخضع للقواعد العامة ، وميعاد الطعن فيه ستون يوما .

مادة - ٢٥٣ يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض . فإذا كان الطعن مرفوعا من النيابة العامة وجب أن يوقع صحيفة رئيس نيابة على الأقل .

وتشمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، على بيان الحكم المطعون فيه ، وتاريخه ، وبيان الأسباب التى بنى عليها الطعن وطلبات الطاعن ، فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلا وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه .

ولا يجوز التمسك بسبب من أسباب الطعن غير التى ذكرت فى الصحيفة ومع ذلك فالأسباب المبينة على النظام العام يمكن التمسك بها فى أى وقت ، وتأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها .

وإذا أبدى الطاعن سببا للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على صدور الحكم المطعون فيه فى ذات الدعوى اعتبر الطعن شاملا للحكم السابق مالم يكن قد قبل صراحة .

٦٦٦

يجب إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض خلال الميعاد المحدد لرفع الطعن أما إذا أودعت الصحيفة قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . فيشترط ورودها إلى قلم كتاب محكمة النقض قبل فوات ميعاد الطعن وللطاعن أن يضيف ميعاد مسافة بين موطنه وبين مقر المحكمة التى يودع قلم كتابها صحيفة الطعن لما يقتضيه هذا الإيداع من حضور الطاعن فى شخص محاميه إلى هذا القلم

ويعتبر الطعن بطريق النقض مرفوعاً من تاريخ ايداع صحيفته قلم الكتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه متى توافرت البيانات التى يتطلبها القانون فى ورقة الطعن .

يجب أن تكون صحيفة الطعن موقعة من محام مقبول أمام محكمة النقض فإذا كان المحامى الذى وقع الصحيفة غير مقبول أمام محكمة النقض كان الطعن باطلا وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه .

فى حالة الطعن الذى ترفعه النيابة العامة يتعين أن يوقع صحيفته رئيس نيابة على الأقل .

ويجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض على أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم وإلا كان الطعن باطلا وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . لأن هذه البيانات قصد بها إعلام ذوى الشأن عن رفع الطعن من خصمهم فى الدعوى وصفته وموطنه علما كافيا . فإذا كـــانت صحيفة الطعن لم تشتمل على بيان أسماء الخصوم أو يرد بها ما تتحدد به اشخاصهم الأمر الذى لا تتحقق به الغـــاية التى قصدها المشرع من إيراد البيان الخاص باسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم . ولا يغنى عن ذلك ورود اسمائهم فى التوكيلات

الصادرة منهم إلى محــامى الطاعن الأول منهم ، ومن ثم يكون الطعن باطــلا بالنسبة لمن عداه . (١)

توقيع المحامى على أحدى صور صحيفة الطعن بالنقض يغنى عن التوقيع على أصل الصحيفة ، وبه ينتفى البطلان . (٢) كما أنه ليس فى القانون ما يوجب توقيع المحامى على الصورة المعلنه من صحيفة الطعن اكتفاء بتوقيعه على اصلها المودع قلم الكتاب ، وأن خلو هذه الصورة من بيان تاريخ ايداع الصحيفة لا يبطل الطعن (٣)

أصل صحيفة الطعن المودعة هى المعتبرة قانونا فى تحديد نطاق الطعن من حيث موضوعه والخصومة فيه . اختلاف الصورة المعلنه إلى الخصوم عن ذلك الأصل هو عوار لا يمتد إلى أصل الصحيفة ، وإنما قد يلحق اجراء الأعلان . كما أن القانون لم يرتب على عدم ايداع الطاعن عددا كافيا من صور المذكرة الشارحة بقدر عدد المطعون عليهم أى بطلان (٤)

أسباب الطعن

يجب أن تتضمن صحيفة الطعن بيان الأسباب التى بنى عليها الطعن وطلبات الطاعن وإلا كان الطعن باطلا وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها والعبرة فى بيان أسباب الطعن هى بما جاء بصحيفة الطعن وحدها ، وما يرد فى المذكرة الشارحة من بيان لا يغنى عن وجوب تفصيل السبب فى صحيفة الطعن . وسبب ذكر الأسباب على سبيل البيان والتحديد فى صحيفة الطعن هو إمكان التعرف على المقصود منها وإدراك العيب الذى شاب الحكم .

المادة ٢٥٣ مرافعات إذا أوجبت أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض بذاتها على بيان الأسباب التى بنى عليها الطعن قصدت بهذا البيان أن تحدد أسباب الطعن وتعرفه تعريفا واضحا كاشفا عن المقصود منها كشفا واضحا وافيا نافيا عنها الغموض والجهالة ، وإن يبين منها العيب الذى يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه واثـــره فى قضائه ، ومن ثم فإن كل سبب يراد التحدى به يجب أن يكون مبينا بيانا دقيقا ، ولا غناء عن ذلك حتى لو أحال الطاعن إلى ورقة أخرى قدمت فى الطعن ذاته وعلى ذلك فإذا لم يورد الطاعن فى صحيفة الطعن

---

(١) طعن ١٣٩٢ / ٤٨ ق ج ٢٤ / ٦ / ١٩٨٢ .
(٢) طعن ٨٧٩ / ٤٨ ق ج ٢٩ / ١٢ / ١٩٨١ .
(٣) « ٣٨٧ / ٤٥ ق س ٣٠ ص ٤٦١ ع ١ .
(٤) الطعن ٢٥ / ٥١ ق ج ٣٠ / ١٠ / ١٩٨٥ .

مواطن مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، أو لم يفصح عن الدفاع الذى يعيب على الحكم أنه أغفل الرد عليه ، فإن النعى يكون مجهلا . (٥)

حظر المشرع التمسك - بعد حصول إيداع صحيفة بالطعن بالنقض - بأى سبب من أسباب الطعن غير التى ذكرت فيها ، وهذا الخطر عام ومطلق بحيث يشتمل ما يقدم من هذه الأسباب في ميعـــاد الطعن أو بعد انقضائه ، ولم يستثن القـــانون من ذلك إلا الأسباب المتعلقة بالنظـــام العام فأجاز تقديمها فى أى وقت (٦)

كما أنه إذا كان ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه غير وارد إلا فى المذكرة الشارحة - لا فى صحيفة الطعن - فلا يؤبه لهذا المطعن .

لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بأسباب جديدة لم تكن أبديت لمحكمة الموضوع ما لم تكن متعلقة بالنظام العام . كما أنه لا يقبل التحدى أمام محكمة النقض بمستند لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع . كما أنه لا يجوز التحدى أمامها بدفاع جديد لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع إلا إذا كان منصبا على سبب قانونى متعلق بالنظام العام وكانت عناصره الواقعية مطروحه عليها .

السبب المتعلق بالنظام العام يجب أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم فى الدعوى جميع العناصر التى تتمكن بها من تلقاء نفسها من الإمام بهذا السبب والحكم فى الدعوى على موجبه ، وذلك حتى يمكن التمسك به أمام محكمة النقض لأول مرة ، فإذا تبين أن عناصر السبب كانت تعوزها فلا سبيل إلى الدفع بهذا السبب ولا إثارته أمام محكمة النقض .

الأسباب الموضوعية .

إن تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من شأن قاضى الموضوع وحده ولا رقيب عليه فيما يحصله متى كان قد أعتمد فى ذلك على اعتبارات سائغة .

ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها .

مناقشة أقوال الشهود للوصول إلى مجادلة الحكم المطعون فيه فى تقديره لهذه الأقوال غير جائز أمام محكمة النقض .

---

(٥) طعن ٣٧٨ / ٤٧ ق ج ٢٩ / ٣ / ١٩٨٢ .

(٦) طعن ٢٥٦ / ٤٨ ق ج ٢ / ٤ / ١٩٨١

تقدير قيام الدليل على التواطؤ مسألة موضوعية ، ومن ثم فالمجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا لا تجوز أثارته امام محكمة النقض .

تقدير ما يحرج الزوج من قول صدر عن زوجته ومالا يحرجه من ذلك مسألة موضوعية مما يستقل به قاضي الموضوع .

تقدير وسائل الإكراه ، وتقدير أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع .

أسباب قانونية .

ألتمسك بتطبيق قاعدة قانونية هو سبب قانوني محض فيجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يعتبر سببا جديدا لأن الخصوم بطرحهم موضوع الدعوى أمام القضاء إنما يطلبون الفصل فيه طبقا لأحكام القانون ، فمن الواجب على القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن الحكم القانوني المنطبق على الواقعة المطروحة عليه وأن ينزل هذا الحكم عليها (٧)

اسباب قانونية يخالطها واقع .

إذا كان سبب الطعن قائما على اعتبارات مختلط فيها الواقع بالقانون لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع فلا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض .

الدفوع القانونية وإن كان يصح التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا أنه يشترط أن يكون الحكم قد تناول العناصر الواقعية التي تمكن محكمة النقض من الفصل في الدفع .

انقضاء ميعاد الاستئناف أو عدم انقضائه قبل رفع الاستئناف هو سبب قانوني يخالطه واقع فلا يجوز طرحه لأول مرة أمام محكمة النقض .

أسباب غير منتجة

إذا كان الحكم قد أقيم على دعامات متعددة ، وكانت إحدى هذه الدعامات كافية وحدها ليستقيم الحكم ، فإن تعييبه في باقي الدعامات - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير مؤثر في الحكم .

إذا كان الحكم قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة في القانون فإن النعي عليه بالخطأ في تقريراته القانونية يكون غير منتج ولا جدوى فيه .

إذا أصاب الحكم النتيجة - وإن تنكب الوسيلة - لا يعيبه ما ورد به من تقريرات قانونية خاطئة ، إذا ذكر مادة في القانون غير منطبقة على واقعة الدعوى ، ويكون النعي غير منتج .

---

(٧) طعن ٢٧ / ٣ ق . ج ٢٣ / ١١ / ١٩٣٣ .

اغفال الحكم بعض ما طلب الخصوم الحكم به ليس سببا من أسباب الطعن فى الحكم بطريق النقض .

أسباب لا محل لها من الطعن

إذا كان النعى موجها إلى ما ورد فى أسباب الحكم الابتدائى مما لم يأخذ به الحكم المطعون فيه فإن النعى يكون غير مقبول .

النعى الذى يرد على الحكم الابتدائى ولا يصادف محلا فى قضاء الحكم المطعون فيه نعى غير مقبول .

مادة – ٢٥٤ – يجب على الطاعن أن يودع خزانة المحكمة التى تقدم إليها صحيفة الطعن على سبيل الكفالة مبلغ خمسة وعشرين جنيها إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة استئناف وخمسة عشر إذا كان صادرا من محكمة ابتدائية أو جزئية .

ويكفى إيداع أمانة واحدة فى حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن.

ولا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الايداع ، ويعفى من أداء الكفالة من يعفى من أداء الرسوم .

□□□

مادة – ٢٥٥ – يجب على الطاعن أن يودع قلم الكتاب وقت تقديم الصحيفة صورا منها بقدر عدد المطعون ضدهم ، وصورة لقلم الكتاب ، وسند توكيل المحامى الموكل فى الطعن ومذكرة شارحة لأسباب طعنه .

كما يجب عليه أن يودع فى ذات الوقت .

أولا : صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله أو الصورة المعلنة من هذا الحكم إن كانت قد أعلنت ، وصورة من الحكم الابتدائى إن كان الحكم المطعون فيه قد احال إليه فى أسبابه ، فإن لم تودع هذه الأوراق وقت تقديم الصحيفة حكم ببطلان الطعن .

واستثناء من أحكام القانون رقم ٩٠ / ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية ، على قلم كتاب

المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو الحكم الابتدائى أن يسلم لمن شاء من الخصوم فى الطعن بطريق النقض ما يطلبه من صور الأحكام أو المستندات أو الأوراق بدون رسوم على أن تذيل هذه الصورة بعبارة « لتقديمها لمحكمة النقض »

ثانيا : المستندات التى تؤيد الطعن فإذا كانت مقدمة فى

طعن آخر فيكفى أن يقدم الطاعن ما يدل على ذلك . وللمحكمة أن تتخذ ما تراه فى سبيل الاطلاع على هذه المستندات .

وإذا كانت صحيفة الطعن أودعت قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم فيجب على قلم كتابها إرسال جميع أوراق الطعن إلى محكمة النقض فى اليـوم التالى لتقديم الصحيفة .

ويجوز لمحكمة النقض عند الاقتضاء أن تأمر بضم ملف القضية الصادر فيها الحكم المطعون فيه ، وذلك من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد الخصوم ، وعلى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أن يرسل الملف خـلال سته أيـام على الأكثر من تـاريخ طلبه .

□□□

مادة – ٢٥٦ – يقيد قلم كتاب محكمة النقض الطعن فى يوم تقديم الصحيفة أو وصولها إليه فى السجل الخاص بذلك .

وعليه فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد أصل الإعلان إلى قلم الكتاب .

وعلى قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، ولا يترتب

على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان إعلان صحيفة الطعن .

□□□

مادة - ٢٥٧ - تحكم محكمة النقض بغرامة لا تقل عن ثلاثة جنيهات ولا تجاوز عشرين جنيها على من يتخلف من العاملين بأقلام الكتاب أو المحضرين عن القيام بأى إجراء من الإجراءات المقررة فى المادتين السابقتين فى المواعيد المحددة لها .

□□□

مادة - ٢٥٨ - إذا بدا للمدعى عليه فى الطعن أن يقدم دفاعا ، فعليه أن يودع قلم كتاب محكمة النقض فى ميعاد خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه بصحيفة الطعن مذكرة بدفاعه مشفوعة بسند توكيل المحامى الموكل عنه وبالمستندات التى يرى تقديمها .

فإذا فعل ذلك كان لرافع الطعن أيضا فى ميعاد خمسة عشر يوما من انقضاء الميعاد المذكور أن يودع قلم الكتاب مذكرة مشفوعة بالمستندات التى يرى تقديمها مؤيدة للرد .

وفى حالة تعدد المدعى عليهم يكون لكل منهم عند الاقتضاء أن يودع فى ميعاد الخمسة عشر يوما الأخيرة مذكرة بالرد على المذكرة المقدمة من المدعى عليهم الآخرين مشفوعة بسند توكيل المحامى الموكل عنه .

فإذا استعمل الطاعن حقه فى الرد كان للمدعى عليهم أن يودعوا فى ميعاد خمسة عشرة يوما أخرى مذكرة بملاحظاتهم على هذا الرد .

□□□

مادة - ٢٥٩ - يجوز للمدعى عليهم فى الطعن - قبل انقضاء الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة السابقة - أن يدخلوا فى الطعن أى خصم فى القضية التى

صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يوجه إليه الطعن ويكون إدخاله باعلان بالطعن .

ولمن أدخل أن يودع قلم كتاب محكمة النقض فى ميعاد خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بدفاعه مشفوعة بالمستندات التى يرى تقديمها ، وفى هذه الحالة لا تسرى مواعيد الرد المنصوص عليها فى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة السابقة إلا بعد انقضاء الخمسة عشر يوما المذكورة .

□□□

مادة – ٢٦٠ – يجوز لكل خصم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يعلنه رافع الطعن بطعنه أن يتدخل فى قضية الطعن ليطلب الحكم برفض الطعن .

ويكون تدخله بإيداع مذكرة بدفاعه قلم الكتاب قبل انقضاء الميعاد المحدد فى الفقرة الأولى من المادة ٢٥٨ مشفوعة بالمستندات التى تؤيده .

□□□

مادة – ٢٦١ – المذكرات وحوافظ المستندات التى تودع باسم الخصم يجب أن تكون من أصل وصورة بقدر عدد خصومه وأن تكون موقعه من محامية المقبول أمام محكمة النقض .

□□□

مادة – ٢٦٢ – لا يجـوز لقلم الكتـاب لأى سبب أن يقبـل مذكرات أو أوراقا بعد انقضاء المواعيد المحـددة لها ، وإنما يجب عليه أن يحرر محضرا يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة وأسم من قدمها وصفته وسبب عدم قبولها .

□□□

مادة – ٢٦٣ – بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها فى المواد السابقة يرسل قلم الكتاب ملف الطعن إلى النيابة العامة .

وعلى النيابة أن تودع مذكرة بأقوالها فى أقرب وقت مراعية فى ذلك ترتيب الطعون فى السجل ، مالم تر الجمعية العمومية لمحكمة النقض تقديم نظر أنواع من الطعون قبل دورها .

ويعد أن تودع النيابة مذكرة بأقوالها يعين رئيس المحكمة المستشار المقرر ، ويعرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة ، فإذا رأت المحكمة أن الطعن غير مقبول لسقوطه أو بطلان اجراءاته أو إقامته على غير الأسباب المبينة فى المادتين ٢٤٨ ، ٢٤٩ أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت فى محضر الجلسة مع إشارة موجزة إلى سبب القرار والزمت الطاعن بالمصروفات فضلا عن مصادرة الكفالة .

وإذا رأت المحكمة أن الطعن جدير بالنظر حددت جلسة لنظرة ويجوز لها فى هذه الحالة أن تستبعد من الطعن مالا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض ، وأن تقصر نظره على باقى الأسباب مع إشارة موجزة إلى سبب الاستبعاد وفى جميع الأحوال لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من المحكمة بأى طريق .

□□□

مادة - ٢٦٤ - يخطر قلم الكتاب محامى الخصوم الذين أودعوا مذكراتهم بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بخمسة عشر يوما على الأقل ، وذلك بكتال موصى عليه ، وتدرج القضية فى جدول الجلسة ، ويعلق الجدول فى قلم الكتاب قبل الجلسة بخمسة عشر يوما على الأقل ، ويبقى معلقا طوال المدة المذكورة .

□□□

مادة - ٢٦٥ - تحكم المحكمة فى الطعن بغير مرافعه بعد أن يتلو المستشار المقرر تقريرا يلخص فيه أسباب الطعن والرد عليها ، ويحصر نقاط الخلاف التى تتنازعها الخصوم دون إبداء الرأى فيها .

□□□

مادة - ٢٦٦ - إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامى الخصوم والنيابة العامه وفى هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا بأنفسهم أمام محكمة النقض من غير محام عنهم .

وليس للخصوم الذين لم تودع باسمهم مذكرات الحق فى أن ينيبوا عنهم محاميا فى الجلسة .

ولا يجوز أبداء أسباب شفهية فى الجلسة غير الأسباب التى سبق للخصوم بيانها فى الأوراق وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ .

□□□

مادة - ٢٦٧ - يجوز للمحكمة استثناء أن ترخص لمحامى الخصوم وللنيابة فى إيداع مذكرات تكميلية إذا رأت بعد اطلاعها على القضية أنه لا غنى عن ذلك وحينئذ تؤجل القضية لجلسة أخرى وتحدد المواعيد التى يجب إيداع تلك المذكرات فيها .

□□□

مادة - ٢٦٨ - إذا قبلت المحكمة الطعن تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وتحكم فى المصروفات .

□□□

مادة - ٢٦٩ - إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة الاختصاص ، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة .

فإذا كان الحكم قد نقض لغير ذلك من الأسباب تحيل القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم ، وفى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها المحكمة .

ويجب ألا يكون من بين أعضاء المحكمة التى أحيلت إليها القضية أحد القضاه الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه .

ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيــه ، وكان الموضوع صالحا للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم فى الموضوع

□□□

مادة - ٢٧٠ - إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلا عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه فى الطعن .

□□□

مادة - ٢٧١ - يترتب على نقض الحكم الغاء جميع الأحكــام ، أيا كــانت الجهة التى أصدرتها ، والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها .

وإذا كان الحكم لم ينقض إلا فى جزء منه بقى نافذا فيما يتعلق بالأجزاء الأخرى مالم تكن مترتبه على الجزء المنقوض

□□□

مادة - ٢٧٢ - لا يجوز الطعن فى أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن .

□□□

مادة - ٢٧٣ - تسرى على قضايا الطعون أمام محكمة النقض القواعد والإجراءات الخاصة بنظام الجلسات كما تسرى عليها القواعد الخاصة بالأحكام فيما لا يتعارض مع نصوص هذا الفصل .

الكتـــاب الخامس
فى تنفيذ الأحكام

البـــــاب الأول
قواعد عمومية

مادة - ٣٤٢ - لا يجوز تنفيذ حكم إلا إذا كان مشمولا من المحكمة التى أصدرته بصيغة التنفيذ وهى :

« يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقا لنصوص اللائحة »

□□□

الصيغة التنفيذية لا توضع على الحكم إلا إذا كان تنفيذه جائزا . ولا تسلم صورة الحكم المذيلة بالصيغة التنفيذية إلا للخصم الذى تضمن الحكم عود منفعة عليه من تنفيذه .كما أنه لا يجوز تنفيذ الحكم إلا إذا كان مشمولا بهذه الصيغة.

الصيغة التنفيذية التى يذيل بها الحكم تحمل معنى الجبر فى تنفيذه على المحكوم عليه ويحق لهذا الأخير عند شمول الحكم لهذه الصيغة أن يعتقد بصلاحيته للتنفيذ الجبرى . ولذلك يتعين على قلم الكتاب الامتناع عن تسليم الحكم مشمولا بالصيغة التنفيذية إلا إذا كان هذا الحكم جائزا تنفيذه .

وضع الصيغة التنفيذية على صورة الحكم التى بيد الخصم يكون شاهداً على أنه هو صاحب الحق فى إجراء التنفيذ ، وإن هذا الحكم جائز تنفيذه جبرا .

إذا وجـدت الصيغة التنفيذية على صــورة الحكم المعلنة ، فـإن ذلك يرفع عن المعلن إليه واجـــب التحقق مما إذا كــــان الحكم المعلن إليه قد أصبح نهائيا من عدمه .

مادة - ٣٤٤ - لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من أول درجة إلا بعد مضى ميعاد الاستئناف مالم يكن التنفيذ المؤقت مأمورا به فى الحكم أو منصوصا عليه فى هذه اللائحة .

□□□

الأحكام التى مضى ميعاد استئنافها تعتبر حائزة لقوة الشىء المحكوم به ، وهذه الأحكام تقبل التنفيذ سواء كانت صادرة من محاكم الدرجة الثانية أم من محاكم الدرجة الأولى فى حدود نصابها الانتهائى ، أم من محاكم الدرجة الأولى فى حدود نصابها الابتدائى وسقط حق استئنافها بانقضاء الميعاد اللهم إلا إذا كان التنفيذ المؤقت مأمورا به فى الحكم أو منصوصا عليه فى اللائحة .

الأحكام المأمور بتنفيذها مؤقتا .

هذه الأحكام نوعان هى :

١ - أحكام واجبة التنفيذ بقوة القانون (مادة ٣٥٢) سواء نص الحكم على التنفيذ المؤقت أم لم ينص . وهذه الأحكام هى الأحكام الصادرة بالنفقة أو أجرة الحضانة أو أجرة الرضاع أو اجرة المسكن أو تسليم الصغير لأمه .

٢ - أحكام ينص فيها على التنفيذ المؤقت . وهذه الأحكام إذا صدرت دون أن تكون مشمولة بالتنفيذ المؤقت ، فإنها لا تكون واجبة التنفيذ جبرا . أما إذا اشتمل الحكم على النفاذ المؤقت ، فإنه يكون واجب التنفيذ بقوة الحكم - جبراً وهذه الأحكام هى التى تصدر فى المواد التى تكون مستعجلة بطبيعتها ، لأن المشرع استلزم ذلك . مثال الحكم الصادر بالتفريق بين رجل وأمرأة يتعاشران معاشرة الازواج على خلاف أحكام الشرع . الحكم الصادر بالتفريق بين الزوجة المسلمة وزوجها غير المسلم . والحكم الصادر بحفظ الصغيرة عند محرمها .

مادة - ٣٤٥ - تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل . ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ .

□□□

تكلمت المـادة عن تنفيذ الحكم جبرا فى الحالات الآتيه :

١ – الحكم الصادر بالطاعة . (١) ٢ – الحكم الصادر بحفظ الولد عند محرمه . ٣ – الحكم الصادر بالتفريق بين الزوجين . وهذه الأحكام وردت بالنص على سبيل المثال كما تدل عليه عبارة المادة ٣٤٥ « ونحو ذلك » مما يتعلق بالأحوال الشخصية .

أ – بالنسبة للحكم بالطاعة الوارد بالنص . يلاحظ أن المادة الحادية عشر مكررا ثانيا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ نصت على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع » ومؤدى هذا أن امتناع الزوجة عن طاعة زوجها – دون حق – موقف بحكم القانون نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، باعتبار أن الطاعة أمر مفترض أصلا لا يحتاج إلى حكم قضائى ، فجاء النص الجديد بوقف النفقة إذا خرجت عن هذا الأصل .

تكلمت المادة الحادية عشر مكررا ثانيا عن حالة امتناع « اعتبارى » عن طاعة الزوجة لزوجها ، وبينت المادة طريقة إثبات هذا الامتناع . ولم تمنع المادة المذكورة الزوج من الالتجاء مباشرة إلى الطريق العادى لإثبات عدم الطاعة والقضاء بالنشوز (٢)

ب – بالنسبة للحكم الصادر بحفظ الصغير عند محرمه .

حق حفظ الصغير عند محرمه من المواد التى تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم فيها بصفة ابتدائية . وهذا الحق روعى فيه مصلحة الصغير نفسه لا مصلحة الخصوم إليه ، ولا يجوز التنازل عنه ، ولمن تنازل عن هذا الحق أن يرجع عن تنازله لأنه من باب التزام مالا يلزم ، لأن كون الولد فى يده لم يقصد به مصلحته وإنما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه ، فتنازل من بيده الصغير عن الحفظ تنازل ممن لا يملكه ، ويعتبر ضربا من اللغو .

---

(١) أثار تنفيذ حكم الطاعة قهرا نقدا شديد جعل وزارة العدل تصدر منشورا فى سنه ١٩٦٧ إلى أقلام المحضرين منعت به تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية . غير أن هذا المنشور محل نظر لأنه يعطل حكما ورد فى القانون . وأيا كان الرأى فى منشور الوزارة ، فإنه لا يمنع الزوج من الحصول على حكم بطاعه زوجته له .

(٢) راجع الأحوال الشخصية نفس للمؤلف .

جـ – بالنسبة للحكم الصادر بالتفريق بين الزوجين .

التطليق البائن فى قانونى الأحوال الشخصية رقمى ٢٥ / ١٩٢٠ ، ٢٥ / ١٩٢٩ بيانه كالأتى :

١ – التطليق بسبب العيب – كالجب والخصاء والعنة ، والجنون والجزام والبرص وكل عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكن للزوجة المقام مع الزوج إلا بضرر .

٢ – التطليق بسبب إضرار الزوج زوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

٣ – التطليق بسبب الضرر من التزوج بزوجة أخرى .

٤ – التطليق الذى تطلبه الزوجة عند استحكام الخلاف بين الزوجين عد نظر اعتراض الزوجة علي دعوتها لمنزل الزوجية .

٥ – التطليق بسبب غيبة الزوج .

٦ – التطليق بسبب حبس الزوج .

الحكم الصادر بالتفريق في إحدى المواد السابقة يكون تنفيذه جبرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ، لأن الحكم بالتفريق فى هذه الحالات يزيل الحل ويرفع قيد النكاح فبمجرد صدور الحكم بالتفريق تنقطع حقوق الزوج على زوجته ، ولا يحق له عليها إلا البقاء في منزل الزوجية مدة العدة ، وليس له أن يستأنف معها حياة الزوجية ، ولذلك يكون التفريق بينهما قهرا .

وعند الاحناف مواد أخرى تعتبر تفريقا ، فإذا صدر الحكم بها يكون تنفيذه جبرا منها .

١ – التفريق بسبب اللعان ، هذا التفريق يوجب حرمة مؤبدة ، ويزول به الحل فيرتفع العقد بين الزوجين .

٢ – التفريق بسبب الخلع والإيلاء .

٣ – التفريق لإباء الزوج الإسلام .

٤ – الفرقة بسبب خيار البلوغ .

٥ – الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج .

٦ – التفريق بسبب الغبن فى المهر .

٧ – كل فرقة بسبب يستوجب حرمة المصاهرة .

مادة – ٣٤٦ – يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة مادامت زوجة ، وكذا الحكم بتسليم الولد .

□□□

الطاعة حق الزوج ، والنفقة حق الزوجة . والطاعة واجبة على الزوجة مادامت زوجة ، لذلك أجاز نص المادة ٣٤٦ إعادة تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة إذا لم يجد تنفيذ الحكم لأول مرة ، وكانت الزوجية مازالت قائمة بين الزوجين . (١)

والحكم بتسليم الولد يجوز أيضا إعادة تنفيذه حتى يتسلم صاحب الصفة الصغيرة .

مادة – ٣٤٧ – إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، متى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ، ولم يمتثل ، حكمت بحبسه . ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا ، فإنه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية .

□□□

أظهر واضع اللائحة الشرعية عطفا يستحق الشكر نحو طائفة من الديون هى جديرة بالرعاية ، ألا وهى النفقات وأجرة الحضانة والرضاعة والمسكن ، فأجاز فيها حبس المدين من أجل عدم إدائها بغير عذر لمستحقيها .

التنفيذ العينى للأحكام ، قد يكون اختيارا يقوم به المدين طوعا ، كما إذا قام بالوفاء من تلقاء نفسه . وقد يكون التنفيذ جبرا المحكوم عليه ، وتختلف وسائله ، فقد يكون بالتنفيذ القهرى الذى تقوم به السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه . وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة مدينة إذا كان تدخل المدين الشخصى غير ضرورى فى هذا التنفيذ . وقد يقوم حكم القاضى مقام

---

(١) راجع التعليق على المادة ٣٤٥ لائحة .

التنفيذ العينى إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العينى ، فتنتقـــل ملكية العين المبيعة إلى الـــدائن بحكم فى الالتزام بنقـــل الملكية .

والتنفيذ العينى له وسيلتان أخريان هما : الإكراه البدنى ، والتهديد المالى . ولم يجز القانون المصرى الإكراه البدنى كوسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام ، ذلك أن المدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة ، كما هو الحال فى المواد المدنية والتجارية . غير أن القانون أجاز الإكراه البدنى فى بعض المواد الشرعية وفى المواد الجنائية . والأولى ما نصت عليه المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية ، والثانية ما نصت عليه المادة ٥١١ من قانون الإجراءات الجنائية بأنه « يجوز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون الإكراه بالحبس البسيط »

الاساس الشرعى للحبس فى النفقات .

الرأى عند الأحناف أن القاضى لا يحبس الزوج فى النفقات إذا علم عجزه وعســرته ، لأن الحبس إنما يكون فى حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم . فإذا ظهر للقاضى عذر الزوج لا ظلمه فلا يحبسه . وفى هذه الحالة أوجد الأحناف حيلة للزوجة وقالوا « ينظر لها القاضى بأن يأمرها بالاستدانة ، فإذا استدانت بأمر القاضى كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر » وقالوا أيضا « إذا كان القاضى لا يعلم عسر الزوج وسألته الزوجة أن يحبسه بالنفقة لم يحبسه فى أول مرة لأن الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم ، ولم يظهر حيف الزوج وظلمه فى أول مرة فلا يحبسه القاضى ، ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه إن لم يفعل ، فإن عادت إلى القاضى مرتين أو ثلاثا حبسه لظهور ظلمه بالامتناع من إيفاء ما هو يستحق عليه ، فإن علم القاضى أن الزوج محتاج خلى سبيله لأنه مستحق للنظرة إلى ميسرة بنص الآية الكريمة « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » وهو ليس بظالم فى الامتناع من إيفاء النفقة مع العجز » (١)

وقد استدل الاحناف بقول رسول الله ﷺ « لىُّ الوَاجِدِ ظلم يُحلُّ عِرْضَهُ وَعقُوبَتَهُ » لأنه حـــال بين صاحب الحق وبين حقه مع قـدرته على إيفائه

---

(١) المبسوط جزء ٥ ص ١٨٧ .

فيجازى بمثله ، وذلك للحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفى ما عليه . وقد روى الحديث الخمسة إلا الترمذى . عرضه أى شكايته وعقوبته أى حبسه . لىُّ الواجد : – اللى بالفتح وتشديد الياء = المطل . والواجد الغنى . من الوجد بالضم بمعنى القدرة . يُحلُّ ، بضم أوله أى يجيز وصفه بكونه ظالما .

شروط التنفيذ بالحبس

جاء بالمادة ٣٤٧ لائحة شروط لتطبيقها هى :

١ – أن يكون طالب التنفيذ قد حصل على حكم صادر فى النفقات واجرة الحضانة أو أجرة الرضاعة أو أجرة المسكن ، من محكمة مختصة بإصداره .

٢ – أن يكون الحكم بالنفقة نهائيا بطبيعته أو بانقضاء ميعاد المعارضة والاستئناف فيه . وقد جاء بالتعليمات التى أصدرتها وزارة العدل أن الحبس مضر بمن يقع عليه ضررا غير قابل للتعويض ، ولم تجزه اللائحة إلا لضرورة خاصة فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال فتستلفت الوزارة نظر المحاكم إلى عدم الحكم بالحبس فى النفقات المبينة بالمادة رقم ٣٤٧ من اللائحة إلا إذا كان حكم النفقة نهائيا بطبيعة أو مضى ميعاد المعارضة والاستئناف فيه . وهذا لا يمنع المحكوم له من التنفيذ على أموال المحكوم عليه بالطرق التى أجازها المشرع .

٣ – أن يثبت لدى المحكمة امتناع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم . وهذا الشرط ثابت بالنص « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم ... » ومـــؤدى هذا الشـــرط أنه يتعين اتخـــاذ اجراءات التنفيذ بالفعل قبل رفع الأمـــــر إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محـــل التنفيذ .

٤ – أن يثبت لدى المحكمة قدرة المحكوم عليه على القيام بما حكم به . ويكون الإثبات – فى هذه الخصوصية من دعوى الحبس – قائما بذاته ، ومنفصلا عن الإثبات الذى تم أمام المحكمة التى أصدرت الحكم بالنفقة موضوع دعوى الحبس . فقد تطلبت المادة ٣٤٧ أن يثبت من جديد أمام المحكمة قدرة المحكوم عليه على القيام بأداء ما حكم به ، « متى ثبت لديها .. » . وعلى هذا لا يكون حكم النفقة بذاته دليلا على اليسار أمام قاضى الحبس ، وإن كان يعتبر قرينة على اليسار تقبل إثبات العكس ، ذلك أن شهادة الاستكشاف تكفى وحدها للقضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاعة وأجرة المسكن

والشـروط التى يتوقف عليها القضاء بشىء مما ذكر وفقا للمادة ١٧٩ من اللائحة . وشهادة الاستكشاف عند الفقهاء هى مجرد بيان حال المشهود عليه ، وليس من اللازم أن يحلف الشاهد بها يمينا . وعلى هذا الأساس فإن شهادة الاستكشاف تكفى لاظهار اليسار أمام قاضى النفقة ، وأمام قاضى الحبس لأنها شهادة على حال المشهود عليه - يسرا أو عسرا . والأحناف يحبسون من أشكل أمره فى العسر واليسر اختباراً لحالة ، فإن ظهر حاله حكم عليه بموجبه عسرا أو يسرا ، وقالوا إن المدين إذا أقام البينة على الإعسار وأقام الطالب البينة على اليسار فبينه الطالب أولى ، ولا حاجة إلى بيان ما يثبت به اليسار . وورد أيضا أنه إذا لم يخبر أحد عن حال المدين ، ولكنه قال أنا معسر وقال رب الدين إنه موسر ، لا يصدق المدين فى أنه معسر فى كل ما هو بدل مال ، وكذا فى كل دين وجب بعقده والتزامه - معين الحكام ص ١٩٨ .

٥ - أن تأمر المحكمة المحكوم عليه بأداء ما حكم به - إن كان حاضرا بالجلسة والأحناف لا يحبسون المحكوم عليه بمجرد طلب الزوجة ويقولون بأن القاضى يأمره بأن ينفق على زوجته ويخبره أنه يحبسه إن لم يفعل .

إذا أمر قاضى الحبس المحكوم عليه بأداء ما هو محكوم به ، فإن الأمر لا يخلو من أحوال : إما أن يسدد بالجلسة ، أو أن يطلب أجلا للسداد ، وإما أن يصر على عدم الأداء أو يسكت دون أن يجيب بشىء . فإذا كانت قدرة المحكوم عليه قد ثبتت أمام قاضى الحبس ، ففى الحالة الأولى تنتهى الدعوى بأداء المطلوب أو إجابة المحكمة طلبه إن ثبت لها صدقه . وفى الحالتين الثانية والثالثة - الإصرار على عدم الأداء أو السكوت دون إجابة - فيعتبر الزوج مماطلا فى التنفيذ بدون عذر مقبول ، ومفوتا على الزوجة حقها ، ويتعين الحكم عليه فى الحال دون إمهال أو ضرب أجل .

إذا حضر الزوج أمام قاضى الحبس وأثبت إعساره - التالى للحكم الصادر بالنفقة - فإن القاضى لا يحبسه لأن الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم ولم يظهر ظلم الزوج وحيفة ، وإنما ثبت عدم قدرته على أداء المقضى به .

إذا لم يكن المدعى عليه حاضرا بالجلسة ، فإن قرار المحكمة - بأمره بأداء المقضى به - يعلن إليه بمعرفة قلم الكتاب ، باعتبـار الأمر صـادرا منها طبقا للنص ، لا بنـاء على طلب مدعى الحبس ، ويجـوز للمحكمة أن تكلف الأخيـر بذلك .

وأمر المحكوم عليه بأداء ما حكم به ، إما أن يحدد به ميعاد الأداء ، وإما أن يكون الأمر خاليا من الأجل لاستعداد المدعى عليه الحاضر للأداء بالجلسة أو لتقديمه كفيلا - أمام المحكمة - ترضاه المدعية لأن النص أجاز ذلك للمحكوم عليه بالحبس لكى يخلى سبيله ، فيكون له ذلك - من باب أولى - أمام المحكمة سواء أمرته بالأداء أو لم تأمره به .

إذا حبس الممتنع عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات وأجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن أو أخلى سبيله لتقديمه كفيلا بالنفقة فإن هذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية .

لا يسوغ حبس الكفيل الذى يكون المحكوم عليه قد أحضره لأنه كفيل بالمال إذا ترتبت فى ذمة المدين مبالغ أخرى غير التى يكون قد حبس من أجلها جاز حبسه عنها .

المقصود بالأمر الأمر الصادر من المحكمة المنظور أمامها دعوى الحبس ، وعلى ذلك لا يكفى أن يكون الحكم الصادر بالنفقة مأمورا فيه بالأداء لأن الخطاب فى النص موجه للمحكمة المرفوع أمامها دعوى الحبس .

المحكمة التى فى دائرتها محل التنفيذ هى الدائرة الجزئية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية ، وليست قاضى التنفيذ . ذلك أن اللائحة الشرعية وقت صدورها لم تكن تعرف نظام قاضى التنفيذ ، فضلا عن أن دعوى الحبس دعـــوى موضوعية يصدر فيها حكم قطعى يمس الموضـــوع بعد بحـــث يقوم به قـــاضى الدعوى ويصدر فيه حكمه بالحبس وهـــذا البحث ممتنع عن قـــاضى التنفيذ .

المادة - ٢٩٢ - عقوبات ص ٣٩٢ :

تعرضت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات لامتناع المحكوم عليه بدفع نفقة لزوجته أو اقاربه أو اصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته ، فوضعت لذلك عقوبة إذ نصت على أن « كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو اجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائه جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناءً على شكوى من صاحب الشـأن . وإذا رفعت بعد الحكم عليـه دعوى ثانية عن هـــذه

الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة » . وقد ثار الخلاف حول تطبيق هذا النص ونص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مما جعل المشرع يصدر المرسوم بقانون ٩٢ / ١٩٣٧ ونص مادته الأولى على أنه لا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الإجراءات المنصوص فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو .... قد استنفذ الإجراءات المشار اليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة » ومفاد هذا النص أن المشرع أقام شرطا جديدا على رفع الدعوى الجنائية طبقا لنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات بالإضافة إلى الشروط الواردة بها أصلا بالنسبة للخاضعين فى مسائل النفقة لولاية المحاكم الشرعية مقتضاه وجوب سبق التجاء الصادر له الحكم بالنفقة إلى قضاء الأحوال الشخصية واستنفــاد الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيبها ، لما كان ذلك وكان الشرط الوارد بالمادة الأولى من المرسوم بقانون ٩٢ / ٢٩٣٧ - سبق التجاء الصادر له الحكم بالنفقة إلى قضاء الأحوال الشخصية ، واستنفاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - شرط متصل بتحريك الدعوى الجنائية وسلامة اتصال المحكمة بها ، ومن ثم يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها - ولو لم يدفع به أمــامها - أن تعرض له للتأكد من أن الدعوى مقبولة أمامها ولم ترفع قبل الأوان (١)

هذا ويلاحظ أن جريمة الامتناع عن دفع النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يتوقف فيها تحريك الدعوى على شكوى من المجنى عليه عملا بالمادة ٣ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية .

الحبس لرفع ظلم الزوج « الواجد » ومطله ، وهذا مما تختلف فيه أحوال الناس عادة ، ولذلك كانت مدة الحبس تقديرية للقاضى بشرط إلا تزيد عن ثلاثين يوما ، فإذا رأى أن الزوج يرتفع ظلمه بمدة أقل من ثلاثين يوما ، ويظهر مالا أن كان له مال قضى بحبسه هذه المدة .

---

(١) نقض جنائى ٧٧٢ / ٤٣ ق جلسة ٣ / ١٢ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١١٢٢

مادة - ٣٤٩ - يحصل التنفيذ بمعرفة جهات الإدارة أو من تعينه وزارة الحقانية لذلك وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب الخصم الذى يسلمهم الحكم الواجب التنفيذ .

□□□

الأحكام التى تصدر فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية يجوز تنفيذها بأحد طريقين .

الطريق الأول : التنفيذ بمعرفة جهات الإدارة .

هذا الطريق أيسر للمتقاضين ، ويكفل سرعة التنفيذ الذى يتلاءم مع طبيعة الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد نصت المادة ١٢ من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ على أن تنفيذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال وفقا لما هو مقرر فى لائحة الاجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ / ٤ / ١٩٠٧ » ونصت المادة الأولى من اللائحة المذكورة على أنه « يجوز لكل من كان بيده حكم صادر من محكمة شرعية أصدرته وهى تملك هذا الاختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية تحت مسؤوليته ، وذلك بأن يقدم إلى الجهات المبينة فيما بعد طلبا محررا على الاستمارة الخاصة بذلك » ويبدأ التنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم على المنقولات ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات »

« ويقدم طلب التنفيذ على المنقولات إلى محافظ الجهة الكائن بها محل اقامة المدين إذا كان مقيما فى دائرة اختصاص محافظة ، وإلى مأمور المركز إذا كان المدين مقيما فى إحدى البلاد التابعة له ، ماعدا بندر المديرية (أى عاصمتها) فتكون إجراءات التنفيذ فيه من اختصاص المديرية » .

« ويقدم طلب التنفيذ على العقار إلى المحافظ إذا كان العقار المطلوب الحجز عليه كائنا بدائرة اختصاص محافظة . وإلى مأمور المركز إذا كان العقار واقعا فى إحدى البلاد التابعة له ماعدا العقار الموجود فى بندر المديرية فتكون إجراءات التنفيذ عليه من اختصاص المديرية »

« ويشتمل الطلب على اسم ولقب وصنعة ومحل إقامة كل من الطالب والمدين والمحل الكائنة المنقولات المقتضى الحجز عليها إذا كان القصد التنفيذ على المنقولات أو حدود العقار، وكل بيان من شأنه تعيين العقار تعينا تاما إذا كان القصد التنفيذ على عقار، وكذلك مقدار المبالغ المستحقة بالضبط في يوم تقديم الطلب »

« ويرفق بالطلب صورة من الحكم المقضى تنفيذه ، وعليها الصيغة التنفيذية ، وكـــذلك صورة بسيطـة من ذلك الحكم بعـــد ما يلزم إعلانه من الإعـــلانات (إذا كان لم يسبق إعلان الحكم) . وفي حالة ما إذا التنفيذ على عقار يرفق زيادة على ذلك شهادة مستخرجة من قلم الرهون »

« ويعين المحافظ أو المدير أو مأمور المركز على حسب الأحوال معاونا للشروع في التنفيذ ، ويكون ذلك بأمر يصدره بذيل الطلب المشتمل على البيانات السالف ذكرها »

ونصت المادة الثانية من اللائحة سالفة الذكر على أن « يسلم المعاون المكلف بالتنفيذ إلى المدين صورة الحكم المقتضى تنفيذه مع مراعاة نص المادة ٥٦ من الأمر العالى الصادر في ٢٧ مايو سنه ١٨٩٧ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وفي الوقت نفسه ينبه عليه بدفع المبالغ المطلوبة به »

« وإذا توقف المدين عن الدفع يشرع المعاون حالا في الحجز ، ويثبت في المحضر حصول الإعلان والتنبيه المشار إليهما »

وأجازت اللائحة الحجز بطريق حجز ما للمدين لدى الغير (مادة ٢٠ منها)

الطريق الثاني : التنفيذ طبقا للنصوص الواردة بقانون المرافعات . وفي هذا الطريق يتعين على طالب التنفيذ أن يتتبع الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون المادة ٢٧٤ وما بعدها .

مادة - ٣٥٠ - إذا امتنع من هو منوطر بالتنفيذ جاز للخصم أن يرفع شكواه إلى رئيس أو قاضي المحكمة الكائن بدائرتها جهة التنفيذ ، وعلى القاضي أن يرفع الأمر لوزير الحقانية .

□□□

ألغى القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ المحاكم الشرعية ، وأحال الدعاوى التى كانت تنظرها هذه المحاكم إلى المحاكم الجزئية أو الابتدائية الوطنية المختصه . وتشكل دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية وفقا لما هو مقرر فى قانون نظام القضاء لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية .

بين قانون السلطة القضائية العاملين بالمحاكم ومنهم القائمون بالتنفيذ . فالمحضرون يعملون تحت رقابة كبير المحضرين والجميع خاضعون لرئيس المحكمة . وفى المحاكم الجزئية تكون الرقابة على المحضرين للمحضرين الأول ، والجميع تحت رقابة القاضى الجزئى .

ومن يخل من المحضرين بواجبات وظيفته ، أو يأتى مامن شأنه أن يقلل من الثقة اللازم توافرها فى الأعمال القضائية أو يقلل من اعتبار الهيئة التى ينتمى إليها ، سواء كان ذلك داخل دور القضاء أو خارجها تتخذ ضده الأجراءات التأديبية .

العقوبات التأديبية لا توقع إلا بحكم من مجلس التأديب ، ومع ذلك فالانذار أو الخصم من المرتب يجوز أن يكون بقرار من رؤساء المحاكم بالنسبة إلى الكتاب والمحضرين والمترجمين ، ولا يجوز أن يزيد الخصم فى المرة الواحدة على مرتب خمسة عشر يوما ولا يزيد على ثلاثين يوما فى السنة الواحدة .

وعلى هذا الأساس إذا امتنع من هو منوط بالتنفيذ - وقدمت ضده شكوى إلى رئيس أو قاضى المحكمة ، كان على الرئيس أو القاضى أن يرفع شكوى صاحبه الشأن إلى رئيس المحكمة الكلية التابع لها المشكو فى حقه ، ليقوم باتخاذ ما يراه من إجراءات .

الباب الثالث

فى التنفيذ المؤقت

مادة – ٣٥٣ – التنفيذ المؤقت يكون واجبا لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير لأمه .

□□□

القاعدة فى تنفيذ الأحكام طبقا لنصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه هى أن كلا من المعارضة والاستئناف واقف للتنفيذ ، إلا فى بعض المواد جاءت على سبيل الاستثناء (المواد ٥ ، ٢٩٧ ، ٣١٥ لائحة) .

الأحكام التى يكون الحكم فيها نافذا مؤقتا قسمان:

الأولى : نفاذ مؤقت وجوبى – فقد أختص المشرع بعض المواد المتفرعة عن الزوجية ونص على أن الحكم الصادر فى هذه المواد يكون واجب التنفيذ . والوجوب هنا يقع بقوة القانون – إذا شاء الصادر لصالحة الحكم تنفيذه – ولذلك فلا حاجة للنص عليه فى الحكم . لأن العبرة فى النفاذ المؤقت هو بالمادة الصادر فيها الحكم – وهى النفقات أو أجرة الحضانة أو أجرة الرضاع أو أجرة المسكن أو تسليم الصغير لأمه – (المواد ٦ ، ٢٩٧ ، ٣١٥ ، ٣٥٣) لأن هذه الموضوعات جديرة بالرعاية ، ولا تحتمل الإرجاء ، لأن الإرجاء فيها يجر حتما إلى الإضرار بالمحكوم له ، كما أنه إذا كان نفاذ الحكم الصادر فيها معلقا على الفصل استئنافيا فى الدعوى بعد أن يكون قد مر على الخصومة زمن غير يسير ، مع أن المحكوم له قد يكون فى حاجة قصوى إلى ما يسد به الرمق ، بينما يكون المحكوم عليه متعنتا فى الحق متشبثاً بالباطل ، فلهذا كله ، ولما تقتضيه حال الصغير من العناية بأمره ، وهو فى حضن أمه ، أوجب الشارع النفاذ المؤقت (١) .

---

(١) راجع احمد قمحه وعبد الفتاح السيد .

ويشترط لتنفيذ الحكم مؤقتا وجوبا - أن يثبت فى منطوقه أنه صادر فى مادة من المواد المنصوص عليها فى المادة ٣٥٣ لائحة - نفقة - أجرة حضانه - أجرة رضاع + أجرة مسكن ، تسليم الصغير لأمه - فإذا أغفل الحكم بيان المادة الصادر فيها كان يحكم فى دعوى النفقة بـ « حكمت المحكمة بمبلغ عشرة جنيها » ففى هذه الحالة لا يكون الحكم واجب التنفيذ مؤقتا ، ولا مجال للتدليل على أنه صدر فى مادة " نفقة " بأى دليل .

الحكم الصادر بنفقة زوجية لا يجوز تنفيذه تنفيذا مؤقتا - جبريا - لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق « مادة ١٨ ق ٢٥ / ١٩٢٩ » والقصد من ذلك تحديد حق الزوجة فى اقتضاء نفقة زوجية بموجب حكم صادر لها ، إبان قيام الزوجية إذا ما طلقها زوجها بعد صدور الحكم - بمدة سنة من تاريخ الطلاق ، فإذا تجاوزت المطلقة هذا الحق ، فإن الحكم لا يكون واجب التنفيذ مؤقتا بالنسبة لما زاد من نفقة عن سنة من تاريخ الطلاق .

جاءت أجرة المسكن عامة فى نص المادة ٣٥٣ لائحة إلا أن القانون رقم ٦٢ / ١٩٧٦ حدد فى الفقرة الثانية من مادته الأولى المقصود بأجرة المسكن بأنها « أجرة مسكن الزوجية أو المطلقة أو الابناء أو الوالدين » واعتبر النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بها .

إذا قضت المحكمة بأجرة مسكن حضانة الصغير وحاضنته عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٨ مكررا ثالثا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ كان هذا الحكم واجب التنفيذ مؤقتا ولو لم ينص فى الحكم على ذلك مادام منطوق الحكم قد عين المادة التى صدر فيها .

النفاذ المؤقت فى حالة الحكم بتسليم الصغير لا يكون إلا إذا كان التسليم لأم الصغير . أما إذا كان التسليم لغير أم الصغير فإن النفاذ المؤقت لا يكون واجبا بالنص .

هدف المشرع من النص على النفاذ سواء أكان مؤقتا أم معجلا بغير كفالة ووجوبه بقوة القانون ، هو تمكين الصادر له الحكم من الحصول على النفقة المحكوم بها أو الأجرة أو تسليم الصغير من غير تعقيد يؤدى إلى تعثر التنفيذ ، فضلا عن أن ظروف المحكوم له تقتضى ذلك . ولذلك نجد المشرع رتب على المعارضة أو الاستئناف إيقاف تنفيذ الحكم إلا إذا كان صادراً بالنفقة أو بأجرة رضاع أو مسكن أو حضانه أو تسليم صغير لأمه ، ونص فى القانون

٦٢ / ١٩٧٦ بتعديل أحكام بعض النفقات على أنه لا يترتب على أى إشكال مقدم من المحكوم عليه وقف إجراءات التنفيذ بالنسبة لدين النفقة أو دين أجرة الحضانة أو دين أجرة الرضاعة أو دين أجرة مسكن الزوجة أو دين أجرة مسكن المطلقة أو دين أجرة مسكن الأبناء أو الوالدين ، وأوجب على المحضر الا يتم التنفيذ قبل عرض الأوراق على قاضى التنفيذ ليأمر بما يراه .

الإشكال الذى يعرض للمحضر أثناء تنفيذ الحكم الصادر فى إحدى المواد السابقة قد يكون من المحكوم ضده أثناء التنفيذ ، وفى هذه الحالة يتعين على المحضر قبول الإشكال واثبات ذلك فى محضر التنفيذ ، ولا يتم التنفيذ إلا بعد عرض اوراقه على قاضى التنفيذ ليأمر بما يراه ، وقد يفاجأ المحضر بأشكال رفعه المحكوم عليه بصحيفة قبل البدء فى التنفيذ فى هذه الحالة يتعين أيضا عرض الأمر على قاضى التنفيذ بشرط أن يتأكد المحضر من صحة رفع الإشكال بصحيفة وتحديد جلسة لنظرة وأعلان المحكوم له بهذه الجلسة ، وبغير ذلك لا يجوز له وقف إجراء التنفيذ ، حتى لا يكون الاشكال وسيلة لعرقلة الأحكام الصادرة فى مواد النفقات .

لم يكتف المشرع بالنص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن النفاذ المؤقت يكون واجبا لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير لأمه ، بل نص فى قانون لاحق هو القانون ٦٢ / ١٩٧٦ على أن النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر فى هذه المواد واضاف إليها أجرة مسكن الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين ، وقال فى المذكرة الإيضاحية إن هذه المواد « تتعلق بمواجهة ضرورات الحياة للمحكوم لهم . ونصت المادة الأولى من هذا القانون على أن « تنظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أو الابناء أو الوالدين على وجه الاستعجال » « ولطالب النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتيه له » .

هذا ويلاحظ أن قانون العقوبات نص فى مادته ٢٩٢ على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنه أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنية مصرى أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه . وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة

القضاء حق حضانته أو حفظه ، ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه » وبهذا النص اعتبر المشرع الامتناع عن تسليم الصغير إلى من له الحق فى طلبه جريمة معاقبا عليها بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائه جنيه .

والجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات يتوقف تحريك الدعوى بها على شكوى من المجنى عليه تقدم للنيابة العامة أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى . وهذه الجريمة هى الامتناع عن تسليم الصغير .

الثانى : نفاذ مؤقت جوازى

جاءت المادة ٣٥٤ لائحة بصورتين من الأحكام أولهما الحكم بعزل ناظر وقف ، وثانيهما الحكم بضم ناظر إلى ناظر الوقف . وقد أصاب المشرع إذ أتى بهذا النص فى باب التنفيذ المؤقت ، وبذلك أجاز للمحكمة أن تشمل الحكم بالتنفيذ المؤقت وهو هنا جوازى بالنسبة للمحكمة . وسبب ذلك أن عزل الناظر قد يكون مترتبا على تفريطه أو أهماله أو خيانته أو غير ذلك من الأسباب التى تجعله - بعد الحكم - غير أمين لإدارة الوقف . فإذا وقف تنفيذ الحكم إلى أن يصدر الحكم استئنافيا بتأييده لزم حتما أن يبقى الناظر المعزول رغم ما ظهر من أمره قائما بإدارة الوقف متمتعا بالسلطة المعتادة ، وقد يكون فى ذلك خطر جسيم على الوقف والمستحقين فيه . أما وقد أجاز المشرع للقضاء النفاذ ، فقد تسنى له تلافى الضرر من هذه الناحية عند المقتضى .

ويبدو أن السبب فى جعل النفاذ جوازيا هنا لا وجوبيا ما افترضه الشارع من أن عزل الناظر قد يكون مرجعه أوجها لم تبلغ درجة الجسامة التى تقتضى الحيلولة فورا بين الناظر المعزول وادارة شؤون الوقف .

قاعدة إجازة النفاذ المؤقت نص عليها صراحة فى المادتين ٢٩٧ ، ٣١٥ وهى جوازية لا وجوبيه متروكة لتقدير القاضى فى كل حالة حسب ظروفها وقد قيد المشرع ، قاعدة النفاذ المؤقت بحالتى الاستعجال أو خشية احتمال ضرر من التأخير . وعلى القاضى أن يبين إذن فى كل حالة السبب الذى استوجب النفاذ المؤقت .

مادة - ٣٥٤ - فى حالتى الحكم بعزل ناظر وقف ، أو ضم ناظر إليه يجب مؤقتا إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر إلى أن يفصل فى الخصومة نهائيا ، ويتقرر الناظر بالطريق الشرعى .

□□□

فقهاء الأحناف على أن المراد بعزل الناظر رفع الضرر من بقائه ناظرا على الوقف .

وهناك تفرقة فى حالة الحكم بعزل ناظر الوقف بين الناظر الذى يعينه الواقف والناظر الذى يعينه القاضى .

فالناظر الذى يعينه الواقف يسمى منصوب الواقف » هذا الناظر يملك عزله كل من الواقف والقاضى . فالواقف يملك عزله بسبب يستوجب العزل ، وبغير سبب ، لأنه وكيل عن الواقف والموكل يستطيع عزل وكيله مطلقا أما القاضى فلا يملك عزل الناظر الذى عينه الواقف إلا بسبب يستوجب عزله لأن توليته فى النظر تنفيذ لشرط الواقف ، وليس للقاضى أن يخالف شرطا صحيحا للواقف إلا بسبب يستوجب مخالفته .

ناظر الوقف الذى يوليه القاضى يسمى « منصوب القاضى » فلا يملك عزله إلا القاضى ، وهو لا يعزله إلا بسبب .

والأمور التى تستوجب عزل الناظر كثيرة منها خيانة الأمانات التى فى يده . وتبديده ريع الوقف فى شؤون نفسه ، وتعمده مخالفة شرط الواقف الصحيح من تلقاء نفسه إلى آخر ما يباشره الناظر من تصرفات تضر بالوقف .

ناظر الوقف هو الذى تناط به إدارة أعيان الوقف والمحافظة عليها لأداء الغرض الذى أوقفت من أجله ، ولذلك عنى المشرع بوجود ناظر للوقف فاستلزم إقامة ناظر على الوقف إذا حكم بعزل ناظره القائم عليه حتى لا يبقى الوقف من غير ناظر فترة من الزمان ، وأساس ذلك أن القاضى عليه أن يراعى مصلحة الوقف ويدفع الضرر عنه ، فإذا اقتضى الأمر غل يد الناظر عزله ، وأقام ناظرا غيره ، حتى يفصل فى خصومة عزل الناظر . وكذلك الحال إذا كانت هناك خصومة حول ضم ناظر إلى ناظر آخر ، يتعين على المحكمة أن تضم ناظرا آخر .

إقامة الناظر أو ضم ناظر آخر – طبقا للمادة ٣٥٤ – يكون أثناء نظر الخصومة حول عزل الناظر أو طلب ضم ناظر آخر إليه ، ويستمر كل من الناظر الذى أقيم أو ضم إلى غيره فى أداء عمله إلى أن يفصل فى الخصومة بحكم نهائى . وقد نصت المادة ٥٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ / ١٩٤٦ على أنه « لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر فى موضوع العزل – بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه – أن تقيم على الوقف ناظرا مؤقتا يقوم

بإدارته إلى أن يفصل في أمر العزل نهائيان » هذا ويلاحظ أنه ليس من مجرد رفع دعوى عزل على ناظر الوقف أو تحويله من محكمة إلى المحكمة المختصة للنظر في عزله ، كافيا لإقامة ناظر مؤقت وإنما يتعين أن تبين القرائن والتهم التى توجب غل يد هذا الناظر ، وإن يتمكن من الدفاع عن نفسه ، لأن إحلال ناظر محل آخر يترتب عليه عمليا نتائج كثيرة وخطيرة فلا يلجأ إليه إلا للشبهة القوية التى يغلب الظن فيها أن يد الناظر لا يحتمل عودتها . (١)

إقامة الناظر المؤقت هى نوع من العزل بالنسبة للقاضى القديم ، وهى فى ذات الوقف إقامة للناظر الآخر .

إقامة حارس قضائى على أعيان وقف ما من نتيجتها قانونا أن يصبح الحارس بمثابة ناظر مؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف ولا يملك التحدث فى شئون الوقف سواه .

---

(١) احكام الوقف لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف .

الكتاب السادس

فى تحقيق الوفاة والوراثة .
وفى الاشهادات والتسجيل

الباب الأول

فى تحقيق الوفاة والوراثة (١)

مادة - ٣٥٥ - تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ / ١٩٤٦ يكون أمام قضاة المحاكم الجزئية (٢) على حسب الاختصاص المبين فى الماده ٢٥ .

□□□

تحقيق الوفاة والوراثة والوصية يكون على يد قضاة المحاكم الجزئية على حسب الاختصاص المقرر فى المادة ٢٥ لائحة .

دعوى الوفاة والوراثة ، وعلاقتها بدعوى المال الموروث .

يكاد يجمع الفقهاء على ضرورة ذكر المال فى دعوى الوفاة والوراثة ، وارتبط سماع الدعوى بذكره فى طلب تحقيق الوفاة والوراثة ، وقد تعرض القضاء لذلك فاكتفى فى صحة دعوى الوفاة والوراثة وسماعها مجرد دعوى المال والتصميم عليها إلى ثبوت الوفاة والوراثة والحكم بذلك ، وأن دفع الدعوى بخلوها من وجود

---

(١) المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦١ معدلة بالقانون رقم ٧٢ / ١٩٥٠ .

(٢) دعوى الارث التى تتعلق بالمال دعوى كليه - وهى الدعوى التى يطالب فيها الوارث بحقه فى تركة مورثة .

مال دفع سابق لأوانه ، لأنه قبل إثبات وراثة المدعى وقبل تمسكه بالسير فى دعوى المال بعد ثبوت صفته فى الوراثة .

ذكر المال وحده كاف لصحة دعوى الوفاة والوراثة ، إلا أنه ليس يلازم أن تقام فى هذه الدعوى ، البينة على المال – عند إنكاره من المدعى عليه – وإنما يتعين على من يدعى الوفاة والوراثة أن يقيم البينة أولا على الموت ، والنسب حتى يعتبر خصما ، ثم يقيم بعد ذلك البينة على المال لأن دعوى المال دعوى على حدة وقد قضى بأن زعم عدم ملكية المورث للمنزل المحدد بالدعوى لا يؤثر فى سير الدعوى والحكم فيهـا ، مادام المطلوب هو الوفاة والوراثة لأن دعوى المال دعوى على حدة . (٣) وقضى بأن دعوى الوفاة والوراثة وإن كان ذكر المال شرطا لصحتها إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولا ثم إثبات المال ، فلا مجال لاشتراط تحديد واضع اليد على هذا المال (٤) فإذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى قد تضمنت أعيان التركة المخلفة عن المتوفى – وهو ما يشكل دعوى المال التى يشترط أن تنتظمها دعوى الإرث – فإن النعى على الحكم بأن الدعوى رغم خلوها من ذكر واضع اليد على تركه المتوفى تكون قد تجردت عن دعوى مال صحيحة كان يتعين أن تنظمها دعوى الوفـــاة والوراثة ، ويدعى فيها بوضع يد المدعى عليع على أعيـــان التركة ، وأنه ينازعهم فى ذلك يكون على غير أساس .

يكفى فى دعوى الوفاة والوراثة ادعاء المدعى حقا على المدعى عليه من ميراث أو نفقة أو غير ذلك . وقد قضى بأن الدفع بأن المال الوارد بطلب تحقيق الوفاة والوراثة غير مملوك للمتوفى لأنه باعه قبل وفاته ، لا يصلح دفعا للطلب ، ولا يمنع من سماع الإثبات على الخلافة لأن للمدعى أن يطلب الحكم أولا بهذه الخلافة – عن المتوفى – ويقيم الإثبات عليها قبل طلب الحكم بالمال وإقامة الدليل عليه ، وعلى القاضى أن يجيب طلبه ويسمع أدلته على الوفاة والوراثة ويحكم له بذلك أن طلب الحكم به قبل الحكم بالمال الذى أورده بالصحيفة ، وقبل البحث فى أدلة تملكه إذ يكفى لتحقق الخصومة فى الوفاة والوراثة وطلب الحكم بها ادعاء المدعى حقا على المدعى عليه من ميراث أو نفقة أو غير ذلك .

---

(٣) ق ١٣٢ / ١٩٣٩ العليا الشرعية .

(٤) طعن ١٥ / ٤٣ ق س ٢٧ ص ٢٢٨ .

دعوى الوفاة والوراثة ليست خصومة فى الوفاة والوراثة والتركة ، فإذا تحقق الوفاة والوراثة ، فإن ذلك لا يمنع من رفعها مرة ثانية ، ولا يقبل من المدعى عليه الدفع فيها بسبق الفصل فى موضوع الوراثة ، لصدور إعلام شرعى باتفاق الورثة لأن تحقيق الوفاة ليس فصلا فى خصومة الوفاة والوراثة والتركة حتى تكون الدعوى بذلك مرة أخرى دعوى فى أمر سبق الفصل فيه (٥)

دعوى الوفاة والوراثة وإن كان ذكر المال شرطا لصحتها إلا أنها دعوى صفة – هى الوراثة – وإثبات الصفة حق لمدعيها ، سواء أقر المدعى عليه بالمال أو أنكره ، والصفة تشمل حتما النظر فى النسب وجهة القرابة بين المتوفى والمدعى وهذا لا يضر دعوى الوفاة والوراثة باعتبارها دعوى صفة غير منكورة من المدعى عليه . ويشترط فيمن ينازع فى تحقيق الوفاة والوراثة أن يكون ذا صفة فى منازعته بأن يدعى حقا من مشاركة فى الوراثة مثلا ، ولذلك إذا طلب أحد الورثة تحقيق وفاة ووراثة مورثه وانحصار إرثه فيمن ذكروا بالطلب والتحريات ، فلا يمنع من التقرير بذلك أن يتقدم شخص بالمنازعة وهو لا يدعى صريحا ما يفيد مشاركته لأولئك الورثة ولا بما يحجبهم .

دفع المدعى عليه بملكيته لما تحت يده من الأعيان الواردة بطلب تحقيق الوفاة والوراثة لا يؤثر فى تحقيق الطلب والحكم فيه لأن مدعوى الوفاة والوراثة لا يطلب تسليم التركة ، وإن طلبها فإن طلبه يعتبر سابقا لأوانه ، ولا يمنع من الحكم فى طلبه بالوفاة والوراثه .

إذا ادعى المدعى أنه عم للميت ، لابد أن يفسر أنه لأبيه أو لأمه ، وأن يقول هو وارثه ، ولا وارث له غيره ، بعد أن ينسب الشهود الميت والمدعى لبنوّة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد بعد دعوى المال (٦)

إذا أقام المدعى البينة على أن المتوفى فلان ابن فلان ، وأنه – أى المدعى – فلان أبن فلان حتى يلتقيا إلى أب واحد ، وهو عصبته ، وأن أقاربة لا يعملون له وارثا غيره ، حكم القاضى له بالميراث ، وسبب ذلك أن المدعى أثبت سبب الوراثة – وهى العصوبة – مفسرا ذلك بالحجة وهى البينة . فإذا جاء بعد ذلك مدع آخر وأقام البينة على أن الميت ابنه ، ولد على فراشه ، وأنه أبوه لا وارث له غيره حكم

---

(٥) ق ١٦٢ / ١٩٣٥ العليا الشرعية مبادئ القضاء .

(٦) قرة عيون الاخيار جزء ١ ص ٣٧١ .

القاضى بالميراث لهذا المدعى الثانى ، وأبطل القضاء الأول وسبب ذلك أن البينة الثانية طاعنة فى البينة الأولى دافعة لها ، إذ يبين منها أن المدعى الأول – صاحب البينة الأولى – لم يكن خصما فى إثبات نسب الميت ، وأنه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ، والقاعدة عند الأحناف أن البينة لا تقبل من غير خصم ، ولذا أبطلوا القضاء الأول بدليل لا شبهة فيه .

يشترط فى البينة الثانية التى يبطل بها القضاء الأول أن تكون طاعنة فى البينة الأولى بمعنى رافعة لها .

إذا لم تكن البينة الثانية طاعنة فى البينة الأولى لم يقض ببطلان النسب بعد أن ثبت . فإذا أقام المدعى الثانى البينة على أن الميت فلان ابن فلان ونسبه إلى آب آخر وقبيلة أخرى وأنه – أى المدعى الثانى – فلان ابن عمه إلى أب واحد ، لا وارث له غيره ، لم تحول النسب بعد أن ثبت من فخذ ومن أب ، لأن البينة الثانية ليست بطاعنة فى البينة الأولى ، ولكنها معارضة لها ، وعند المعارضة الأولى ترجيح البينة الأولى لاتصال القضاء بها ، فلان تقبل البينة الثانية لأن الجمع بينهما متعذر للشبهة فى الدليل الثانى ، والقاعدة أن القضاء النافذ لا يجوز إبطاله بدليل مشتبه (٧)

تحقيق الوصية الواجبة .

أتى قانون الوصية رقم ٧١ / ١٩٤٦ بحكم جديد لم يكن مسبوقا ، وهو أن الوصية تكون واجبة بحكم القانون ، وتنفذ بحكم القانون سواء أراد المورث أم لم يرد ، وسواء أراد الورثة أم لم يريدوا . وجعل القانون الوصية الواجبة لفرع من يموت فى حياة أبويه حقيقة أو يموت حكما بفقد أو غياب – أو يموت الوارث وابنه معا فى حريق أو هدم أو غرق . وقد قصد المشرع بذلك إلا يحرم ورثة الفرع الذى مات فى حياة أبيه من ميراثه الذى كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه .

وقد نظمت المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ من القانون ٧١ / ١٩٤٦ أحكام الوصية الواجبة على النحو التالى :

مادة-٧٦ –" إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الـولد ميراثا فى تركته لوكان حيا عند موته

---

(٧) المبسوط جزء ١٦ ص ١٥١ .

وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . »

« وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على ما يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فروعه وإن نزلت قسمة الميراث . كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات »

مادة - ٧٧ - « إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله » .

« وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوصى له قدر نصيبه » .

« ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية »

مادة - ٧٨ - « الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا »

« فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم »

مادة - ٧٩ - « فى جميع الأحوال المبينة بالمادتين السابقتين يقسم ما بقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية »

الوصية الواجبة تكون لأبناء من توفى - فى حياة أحد والديه ذكرا كان الابن المتوفى أم أنثى ، فأبناء الإبن وأن نزلوا - بشرط ألا تتوسط بينهم أنثى - يستحقون بالوصية الواجبة . أما ابناء البنت فلا يستحق من فروعها إلا الطبقة الأولى التى تليها فقط . فالوصية الواجبة إذن يستحقها أبناء الظهور مهما تكن طبقتهم أما أولاد البطون فلا يستحق منهم إلا الطبقة الأولى من أولاد البنات .

الوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الإبن المتوفى فى حدود ثلث التركة . فإن كان نصيبه يزيد على الثلث لا تجب الوصية إلا بمقدار الثلث . أما إذا كان النصيب يقل عن الثلث فلا يجب إلا النصيب فقط ويكون تقدير الثلث الذى تخرج

منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية وإعطاء كل ذى حق حقه . وإذا كان المشرع قد وضع أسساً معينة لتقدير التــركة فى تاريخ وفاة المورث بصدد تقدير ضريبة التركات ورسم الأيلولة فحسب ، فلا يكون هذا التقدير أساساً - فيما بعد - حين تنفيذ الوصية وقت القسمة والقبض (٨) لأن العبرة هى بقيمة التركة وقت القسمة والقبض .

تقسم الوصية الواجبة بين مستحقيها تقسيم الميراث للذكر مثل حظ الاثنين ، وإذا اتحد جنس مستحقيها قسمت الوصية بالتساوى .

شروط استحقاق الوصية الواجبة

١ - إلا يكون الفرع الذى مات أصله فى حياة أحد والديه وارثاً فإن كان وارثا ولو بمقدار قليل فلا تجب الوصية . وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها ، ولا تقدم على غيرها من الوصايا .

٢ - إلا يكون الميت قد أعطى فرع ولده بغير عوض عن طريق آخر - كالهبة - ما يساوى الوصية الواجبة ، فإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية واجبة بمقدار ما يكمل نصيب أصلهم الذى توفى فى حياة أحد والديه ، أو الثلث أن كان نصيبه أكثر منه .

مادة - ٣٥٦ - على طالب تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن تحققت شروطها المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ / ١٩٤٦ أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة المختصة ، ويكون الطلب مشتملا على بيان تاريخ الوفاة ومحل إقامة المتوفى وقتها وأسماء الورثة والموصى إليهم وصية واجبة إن وجدوا ومحل إقامتهم ومحل أموال التركة .

□□□

تحقيق الوفــاة والوراثة يكون بطلب على عريضة يبين فيها :

١ - أسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته .

---

(٨) طعن ٤٦٩ / ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٧٦١ .

٢ – أسم المتوفى وتاريخ الوفاة لمعرفة الورثة الحقيقيين الذين كانوا على قيد الحياة وقت الوفاة .

٣ – أسماء الورثة والقابهم ومهنة كل منهم ومحل إقامتهم ، وبيان البالغ منهم والقاصر وقت الوفاة حتى يتسنى تعيين نصيب كل وارث منهم . وسؤالهم عما إذا كان لديهم اعتراض على ما يريد الطالب إثباته .

٤ – أسماء من يستحقون بالوصية الواجبة وألقابهم ومهنة كل منهم ومحل إقامتهم .

٥ – بيان أموال تركة المتوفى ومحلها حتى يمكن تحديد المحكمة المختصة بمادة الوراثة والايعاء (مادة ٢٥ لائحة)

٦ – بيان المحكمة المقدم لها الطلب .

المحكمة المختصة بتحقيق الوفاة والوراثة .

ترفع الدعاوى فى مواد إثبات الوفاة والوراثة والوصية الواجبة أمام المحكمة التى فى دائرتها أعيان التركة كلها أو بعضها الأكبر قيمة أو أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه . مادة ٢٥ لائحة .

فى حالة تحقيق الوصية الواجبة يتعين توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ / ١٩٤٦ الخاص بالوصية (٩)

يجوز تقديم طلب تحقيق الوفاة والوراثة والوصية لكل مدع للوراثة أو الوصية الواجبة أو دائن للتركة أو لأحد الورثة ، أو دائن للموصى له وصية واجبة .

مادة – ٣٥٧ – على المحكمة أن تطلب من جهة الإدارة التحرى عما ذكر فى المادة السابقة من عمدة البلد أو من يقوم مقامه ، وبعض مشايخها أو مشايخ الأقسام والحارات وأهل قرابة المتوفى ، أو من تـرى المحكمة التحـرى منه عما ذكر .

ويجب أن تكون التحريات ممضاة ممن ذكروا ومصدقا على الإمضاءات من جهة الإدارة .

□□□

(٩) راجع التعليق على المادة السابقة .

بينت المادة ٢٥٧ كيفية التحرى عن تاريخ وفاة المتوفى وأسماء ورثته والموصى لهم وصية واجبة ومحل أموال التركة ، ويكون التحرى من عمد البلاد أو من يقوم مقامهم ، ومن مشايخ البلاد أو مشايخ الاقسام والحارات . وقد يكون التحرى من أهل المتوفى أو قرابته . وأجازت المادة للمحكمة أن تتحرى بطريقتها الخاصة التى ترى أنها توصل إلى الحقيقة فى إثبات الوفاة ، وإثبات الورثة والموصى لهم وصية واجبة .

ويشترط لصحة التحريات أن تكون موقعة ممن باشرها ، وأن يكون توقيعه مصدقا عليه من جهة الإدارة التابع لها ، لتكون مدعاة للثقة .

هذا ويجب ملاحظة أن نص المادة ٢٥٧ جاء بصيغة الأمر ، إلا أن هذه الصيغة لا تقيد التزام المحكمة بضرورة إجراء التحريات بالطريقة الواردة بها ، ولا الالتزام بنتيجة هذه التحريات ، فقد ترى المحكمة من أوراق أخرى فى الطلب ما يؤيده دون تحريات . وقد ترى المحكمة أن إجراء الإثبات بالبينة أجدى فى بيان الحقيقة عن إجراء التحريات .

مادة - ٢٥٨ - إذا رأى القاضى أن التحريات غير كافية أو فيها مخالفة ، جاز أن يستأنف التحقيق بنفسه .

□□□

تقدير التحريات المنصوص عليها فى المادة السابقة متروك لقاضى الموضوع ، (١٠) فإذا رأى أن هذه التحريات غير كافية فى بيان وجه الحق فى الطلب ، أو أن فيها مخالفة لعدم ذكر صفة القائم بها أو عدم توقيعه عليها أو عدم التصديق من جهة الإدارة على توقيعه ، كان له - للقاضى - أن يطرح هذه التحريات ويجرى التحقيق لبيان الوفاة والورثة والموصى لهم وصية واجبة .

ومما تجدر الإشارة اليه أن تحقيق الوفاة والورثة يشتمل على أمرين .

الأول : تحقيق وفاة المتوفى ، ويكفى فيه خبر الواحد رجلا كان أوامره ولا يشترط الأحناف فيه لفظ « الشهادة » لأن الموت قد يتفق فى موضع ولا يحضره

---

(١٠) طعن ١١ / ٤٣ / ق س ٢٧ ص ٦٨٨ .

إلا الواحد ، فلو لم تثبت الشهرة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت فلهذه الضرورة يثبت الاشتهار بخبر الواحد ، ولأن فى اشتراط العدد فى الموت حرجا لأنه لا يقوم بمباشرة أسبابه من الغسل وغيره إلا واحد . (١١)

الثانى : الوراثة ، وهى دعوى ميراث وتشتمل على إثبات صفة يدعيها طالب تحقيق الوفاة والوراثة ، والنظر فى هذا الشق- وهو صفة - يشتمل حتما النظر فى النسب وجهة القرابة التى يدعيها بين المتوفى والطالب . والنسب لا يثبت إلا بشهادة شاهدين - رجلين أو رجل وامرأتين - ولا تجزئ غيرهما . ولهذا السبب يتعين أن تكون الشهادة فى طلب تحقيق الوفاة والوراثة . رجلان أو رجل وأمرأتين ويتعين أن يسمع القاضى شهادتهما ولا يغنى عن هذا السماع سماع أحدهما وإثباته فى محضر الجلسة ، وسماع ثانيهما شفاهة والتقرير فى محضر الجلسة بأنها مطابقة لشهادة الأول ، لأن فى ذلك مخالفة لنصاب الشهادة المطلوب ، ومانع من مراقبة هذه الشهادة من المحكمة الأعلى درجة .

مادة - ٣٥٩ - على الطالب بعد إتمام التحريات أن يعلن بقية الورثة والموصى إليهم وصية واجبة أن وجدوا ، للحضور أمام المحكمة فى الميعاد الذى يحدده لذلك . فإذا حضروا جميعا أو حضر البعض وأجاب من لم يحضر بالمصادقة أو لم يجب بشىء أصلا وجب على القاضى تحقيق الطلب بشهادة من يثق به ، ومطابقة التحريات المذكورة .

وإذا أجاب من لم يحضر بالإنكار ، وجب على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى . وللقاضى إذا كان الإنكار غير جدى أن يستمر فى إجراءات تحقيق الوراثة .

□□□

يجب إعلان طلب تحقيق الوفاة والوراثة - بعد إجراء التحريات السابق الإشارة إليها -إلى بقية ورثه المتوفى والموصى لهم وصية واجبة إن وجدوا ، وذلك

---

(١١) معين الحكام ص ٩٤ .

للحضور أمام المحكمة المختصة فى الميعاد الذى حدد لنظر طلبه . وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أن التطبيق العملى قد كشف عن طول الإجراءات التى تنطوى على تكرار تحقيق الطلب مرة عن طريق الإدارة وأخرى بمعرفة القاضى نفسه مما يؤخر ضبط الاشهادات وقتا غير قصير . ولذلك تعدل نص المادة ٣٥٩ بحيث تدع للقاضى حرية التقدير فيما يتعلق بتحقيق الطلب ، فله أن يكتفى فى ذلك بسمـــاع شهادة من يثق به ، وله أن يضيف إليهـــا التحريات الإدارية حسبما يراه .

إذا حضر المعلنون جميعا وصادقوا على طلب الوفاة والوراثة قضى القاضى بتحقيق وفاة المتوفى وانحصار إرثه فيمن جاؤوا بالطلب وكذلك إذا حضر البعض وأجاب من لم يحضر بالمصادقة على الطلب .

أما إذا لم يحضر أحد من الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة الذين تم إعلانهم صحيحا أو حضر البعض ولم يحضر البعض الآخر ولم يجب بشىء أصلا . وجب على القاضى تحقيق الطلب بشهادة الشهود وله أن يضيف إليها التحريات إذا كان لذلك مقتضى

إذا أعلن الورثة والموصى لهم وصية واجبة إعلانا صحيحا ولم يمثلوا أمام القاضى يجوز له أن يعتبرهم مصادقين على الطلب .

إنكــار الوراثة .

إذا أنكر الورثة وراثة الطالب للمتوفى أو أنكر بعضهم ، كان للقاضى تقدير جدية هذا الإنكار ، ويكون تقديره من واقع الأوراق وظروف الدعوى وموقف الخصوم أمامه .

فإذا كان إنكار الورثة أو بعضهم أو الموصى لهم وصية واجبة أو بعضهم غير جدى كان للقاضى أن يستمر فى إجراءات تحقيق الوراثة .

أما إذا كان الإنكار صحيحا وله ما يبرره كان على القاضى أن يتوقف عن تحقيق الوراثة ، وعلى طالب تحقيق الوفاة والوراثة أن يرفع دعواه بهما أمام المحكمة المختصة ، وهى المحكمة الابتدائية عملا بالمادة الثامنة من القانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ لأن الإنكار منصب على النسب وجهة القرابة التى بين طالب الإعلام الشرعى وبين المتوفى . والمحكمة المختصة هى المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه (المادة ٢٠ لائحة) .

إنكار الورثة أو الموصى لهم بوصية واجبة للمال الوارد بطلب تحقيق الوفاة والوراثة لا يترتب عليه إيقاف تحقيق الوفاة والوراثة لأن القصد منها إثبات صفة المدعى ، وليست نزاعا مدينا .

إذا انعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية بنظر دعوى الوفاة والوراثة تعين أن تتدخل النيابة العامة فى الدعوى لإبداء رأيها فيها ، وإلا كان الحكم باطلا ، وكذلك الحـــال إذا دفعت حجية الإعـــلام الشرعى ، ولو كان الدفع أمـــام المحكمـــة المدنية أثناء نظر الدعوى المدنية التى يـــراد الاحتجاج فيها بالإعـــلام الشرعى .

وقد قضى بأن دعوى إثبات الوفاة والوراثة دعوى صفة قصد بها المدعى إثبات صفته للمورث ، وهى ليست نزاعا مدنيا (١٢) وأن ذكر المال فيها وإن كان شرطا لصحتها ، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولا ثم إثبات المال ، والادعاء بعدم وجود تركة للمتوفى لا يصلح دفعا للدعوى (١٣) وأنه لا يشترط فيها تحديد واضع اليد على مال المتوفى (١٤)

دفع دعوى الوفاة والوراثة بمضى أكثر من ثلاث وثلاثين سنة لا يمنع من الحكم بالوفاة والوراثة . أما إذا كان هناك إنكار من أحد الورثة أو أحد الموصى لهم وصية واجبة ، فإن الدفع يقبل منه إذا تحقق الإنكار وعدم العذر فى إقامة الدعوى بالوفاة والوراثة طول مدة التقادم .

إنكار بيت المال

الرأى الغالب أن بيت المال لا يصلح خصما فى دعوى الوفاة والوراثة ، ولا يجوز له إنكار الوراثة على أحد ممن يدعيها إنكارا يستدعى استصدار حكم شرعى ، لأن بيت المال أمين فقط على مال من لا وارث له ، ويكفى لمن يدعى استحقاقه لمال تحت يد بيت المال الذى حلت وزارة المالية محله - إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال باعلام شرعى . وسبب ذلك أن علماء الشريعة الإسلامية لا يعتبرون بيت المال وارثا ، ودللوا على ذلك بجواز الوصية بكل التركة ممن توفى بلا وارث - غير بيت المال - ولو كان الأخير معتبرا وارثا لما جازت الوصية بأكثر من الثلث ، كما أيدوا رأيهم بأن لمتولى بيت المال أن يسوى فى العطاء من أمواله

---

(١٢) طعن ١٧ / ٣٩ ق س ٢٥ ص ٦٧٢ .
(١٣) « ١٥ / ٤٠ ق س ٢٧ ص ١٤٨ .
(١٤) « ١٥ / ٤٣ ق س ٢٧ ص ٢٢٤ .

بين الذكور والإناث ، وبذلك لا يحصل في الموارث ، كما أن مال الذمي يؤول لبيت المال إذا لم يترك وارثا ، ويصرف منه للمسلمين وغيرهم ، ولا ميراث بين المسلم والذمي ، وإنما يعتبر - بيت المال - أمينا على الأموال التي لا مالك لها . وقد قضى أنه إذا أنكرت وزارة المالية - بصفتها حالة محل بيت المال - الوراثة لصاحب المال الذي تحت يدها على من يدعيها فإنكارها هذه الوراثة عليه لا يستدعي استصدار حكم شرعي لإثباتها لأنها ليست إلا أمينة فقط على مال من لا وارث له ، فيكفي من يدعي استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (١٥)

هذا الرأي - بالنسبة لبيت المال - محل نظر ، ذلك أنه وإن كان بيت المال ليس وارثا لمن يتوفى بغير وارث ، إلا أنه من المسلم به أن بيت المال هو الأمين على أموال من لا وارث له باعتبارها أموال الأمة ، وبذلك يكون هو الجهة المنوط بها شرعا تحصيل أموال من لا وارث له ، والحفاظ عليها ورد من يحاول اغتصابها . ومن ثم يكون لبيت المال الصفة القانونية في مخاصمة من يتخذ ادعاء وراثته للمتوفى سبيلا لاغتصاب ماله . وعلى هذا الأساس يكون لبيت المال - ممثلا بوزارة الخزانة - التدخل في طلبات إثبات الوراثة منكرا على الطالب وراثته ، فإذا تبين القاضي جدية هذا الإنكار امتنع تحقيق الوفاة والوراثة . وعلى الطالب حينئذ - إذا أراد - أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بدعوى الإرث مختصما فيها بيت المال ليكون الحكم حجة عليه باعتباره الأمين على مال المتوفى - الذي لا وارث له - كما يجوز لبيت المال رفع الدعوى على من يزعم وراثته للمتوفى ، ابتغاء الحكم بنفي الوراثة وتقرير أن المتوفى لا وارث له ، وبالتالي أيلولة امواله لبيت المال .

والنزاع الذي يدور بين بيت المال وبين مدعي الوراثة ليس نزاعا قاصرا على النسب المجرد حتى يتزرع في عدم قبول منازعة بيت المال فيه تأسيسا على أنه ليس وارثا ، وإنما هو نزاع يدور حول ملكية أموال المتوفى ، وما المناضلة حول ثبوت الإرث من عدمه إلا بوصفه سندا للملكية . والقول بغير ذلك ينطوي على انكار لمسئولية بيت المال في الحفاظ على أموال الأمة وصفته في الزود عنها ، فضلا عن ترك هذه الأموال نهبا لمن يزعم كذبا وراثته لمن لا وارث له ، جرد عدم

---

(١٥) طعن ٢١ / ١ ق ح ٢٦ / ٥ / ١٩٣٢ .

مجادلته من شخص آخر يدعى وراثته للمتوفى وهو أمر متعذر طالما أن المتوفى لا وارث له حقيقة ، أى أن هـذا الشرط مصادرة على المطلوب . أى امتناع لممتنع ، وهو ما يتعين العدول عنه والرجوع إلى الحق خير من التمادى فى الباطل .

دعوى الإرث التى تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية لا يشترط فيها أجراء تحريات من الجهة الإدارية .

مادة — ٣٦٠ — إذا كان بين الورثة والموصى إليهم وصيه واجبة قاصر أو محجور عليه أو غائب ، قام وليه أو قيمة أو وكيله مقامه .

□□□

على من يباشر طلب الوفاة والوراثة عن القاصر أو الموصى لهم بوصية واجبة أن يراعى الإجراءات الواردة بالمادة ٣٥٥ لائحة وما بعدها .

ويجب على طالب تحقيق الوفاة والوراثة اختصام من يمثل القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من الورثة أو الموصى لهم وصيه واجبة .

الولى على القاصر والقيم على المحجور عليه ، والوكيل عن الغائب تثبت لهم صفاتهم بحكم القانون فى طلبات تحقيق الوفاة والوراثة سواء كانوا مدعين فيها أم مدعى عليهم .

مادة — ٣٦١ — يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن وجدت على وجه ما ذكر حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة الشروط مالم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق .

□□□

المراد من اعتبار الإعلام الشرعى حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة الشروط ، أنه يعتبر قائما وحافظا أثره بالنسبة لغير الورثه حتى يصدر حكم شرعى على خلاف ما تضمنه الإعلام ، معنى أن الغير إذا أدى ما فى ذمته — بحسن نية — للورثة الواردة اسماؤهم فى الإعلام كان أداؤه

صحيحا . فإذا ظهر ورثة آخرون فلا يكون لهؤلاء حق الرجوع على من أدى بحسن نية ، وإنما على من قبض منه ، وهذا عملا بالقاعدة الشرعية التى تقضى أن الأمين إذا دفع تنفيذا لأمر القاضى لا يضمن فيما لو ظهر بعد الأداء مستحق آخر .

ثبوت الوفاة والوراثة ، والإعلامات الشرعية ليست حكما على الكافة فى خصوص الوفاة والوراثة ، فالاعلام بها . فى ذاته - لا يمنع من له حق فى الإرث فى كل التركة من أن يثبت حقه أمام القضاء على خلاف ما صدر به الإعلام الشرعى ، ويكون من حق المحكمة أن تنظر فى هذه الخصومة ، ولا يمنعها من نظرها سبق صدور إعلام بالوفاة والوراثة . وقد قضى بأن مؤدى نص المادة ٣٦١ لائحة أن المشرع أراد أن يضفى على إشهاد الوفاة والوراثة حجية مالم يصدر حكم على خلافه ، ومن ثم أجـــاز لذوى الشـــأن ممن لهم مصلحة فى الطعن عليه ، طلب بطلانه ســواء فى صورة الدفع فى دعوى قائمة أو إقامة دعوى مبتدأه (١٦) وأن حجية الأعلام الشرعى تدفع بحكم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يصدر بناء على دفع يبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى ، يصح أن يكون فى دعوى أصلية ، وأنه متى كانت المحكمة التى أصدرته مختصة بنظر الدعوى ، وأن قضاءها هو الذى يعول عليه ، ولو خالف ما ورد فى الإعلام الشرعى الذى صدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات ادارية يصح أن ينقضها بحث تقوم السلطة القضائية المختصة (١٧)

إذا صدر حكم مخالف لإشهاد الوفاة والوراثة ، كان المعول على هذا الحكم فى ثبوت الوفاة والوراثة ، شريطة أن يصدر الحكم على خلاف ما تضمنه الإشهاد ، أما إذا جاء الحكم مؤيدا له فتبقى للإشهاد حجيته ، ولا تزول هذه الحجية بصدور حكم موافق له (١٨) وقد قضى بأن نص المادة ٣٦١ لائحة يدل

---

(١٦) طعن ٢٢ / ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٦٤ .
(١٧) « ٤ / ٥١ ق س ٣٢ ص ٣٠٦ .
(١٨) طعن ٤٥ / ٣١ ق س ١٥ ص ٣٤٣ .

على أن حجية الإعلام الشرعى قائمة مادام لم يصدر حكم شرعى بإخراج بعض الورثة ممن ذكروا بتحقيق الوفاة والوراثة أو بإدخال بعض ورثة آخرين لم يذكروا به ، ودلت بمفهومها على أنه إذا صدر حكم بالإدخال أو الإخراج كان المعول على هذا الحكم دون تحقيق الوفاة والوراثة الذى تنتهى حجيته بهذا الحكم . ويثبت من ذلك قطعا أن دعاوى الوفاة والوراثة تسمع ولو خالف المطلوب الحكم به ، فيما جاء بتحقيق الوفاة والوراثة زيادة أو نقصا .

الاشهاد بالوفاة والوراثة يبقى حافظا قوته حتى يصدر حكم ينافيه .

الإعلام الشرعى -- بذاته غير قابل للطعن بطريق النقض ، لأن هذا الأعلام تدفع حجيته وفقـا لنص المادة ٣٦١ من اللائحة بحكم يصدر من المحكمة المختصة ، وهو بهذه المثابة لا يتصور أن يكون محلا للطعن بطريق النقض استقلالا ، ولا يجوز التحدى بأن الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية تسرى على الكافة إلى أن يقضى بالغائها ، لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التى تنشىء الحالة المدنية لا الأحكام التى تقررها فإذا كان الحكم قد خلع على الطاعن صفة البنوة ، فهو إنما يقرر حالة ولا ينشئها ، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير (١٩) ، لأنه لا يمكن اعتبار الإعلام الشرعى حجة على من لم يكن طرفا فيه ولم يعلن بإجراءاته . وقد قضى بأن إشهاد تحقيق الوفاة والوراثة لا يكون حجة فيما دون به إلا على الورثة المتصادقين ولا يتعدى إلى الغير . (٢٠)

---

(١٩) طعن ٦ / ٣٥ ق س ١٩ ص ٣١٥ .

(٢٠) ق ١٨ / ١٩٤٦ العليا الشرعية ح ٢٨ / ١ / ١٩٤٧ .

الباب الثانى (١)

فى الاشهادات والتسجيل

مادة - ٣٧٤ - على المحكمة التى أصدرت الإشهاد أن تخطر وزارة الأوقاف فى الحالة التى لا يكون للعقار الصادر به الإشهاد حجة شرعية بملكيته .

□□□

الإشهاد فى عرف المحاكم الشرعية هو إنشاء التصرف أو ما يشبهه كالإقرار لدى من له الحق فى سماعه من قضاتها أو موظفيها ، وكثيرا ما يطلق الإشهاد على الوثيقة التى يحرر فيها ذلك . فالإشهاد مرادف لما يسمى فى الجهات الإخرى بالعقد الرسمى ، ولا يتناول العقود العرفية التى تقوم المحاكم الشرعية بالتصديق على التوقيع عليها .

يشترط في التصرف الصادر به الإشهاد أن يكون صادرا ممن يملكه ، أى أنه لا يصح شيء من اشهاد بوقف أو بإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج أو غير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا كان التصرف صادرا ممن يملكه وقت صدور الإشهاد منه ، فإن لم يكن مالكا حين الإشهاد عليه لا يكون تصرفه صحيحا وإن توافرت فى الإشهاد بقية الشروط . وقد حرصت المادة ٣٧٤ على النص على أنه فى الحالة التى يصدر فيها الإشهاد ويبين للمحكمة أن من صدر منه التصرف ليس مالكا للعقار الصادر به الاشهاد ، فيتعين عليها أن تخطر وزارة الأوقاف .

---

(١) المواد من ٣٦٢ إلى ٣٧٢ ملغاه بالقانون ٦٢٩ / ٩٥٥ .

احكام عمومية

مادة - ٣٧٥ - القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة

□□□

النهى عن سماع الدعوى عزل للقاضى عنه ، وهذا النهى لا يسقط حق صاحب الدعوى فى حقه ، لأن الفقهاء نصوا على أنه عند النهى عن السماع يجب على ولى الأمر أن يسمع الدعوى بنفسه أو يأذن غيره لسماعها . والمنع من السماع بنى على ما لولى الأمر من جواز تخصيص القضاء للحادثة . وقد أحيط هذا المنع بضمانات من شأنها المحافظة على هذا الحق واستيفائه على من قام به عذر باعد بينه وبين التمكن من المطالبة بحقه طوال هذه المدة .

منع سماع الدعوى ليس مبينا على بطلان الحق ، وإنما هو نهى القضاء عن سماعها ، قصد به قطع التزوير والحيل ، والمنع بهذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه ، وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها (٢) لأن النص الشرعى يقضى بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان وإن طالت المدة . كما أن الأموال المملوكة لا تكتسب ملكيتها بوضع اليد عليها مهما امتد فى الزمان .

شروط المنع من سماع الدعوى

١ - أن يكون المدعى عليه منكرا للحق المدعى به طيلة مدة المنع المنصوص عليها فى المادة ٣٧٥ لائحة ، بأن يدعى الحق لنفسه دون المدعى . وانكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الاثبات (٣)

يكفى فى إنكار الحق عدم الإقرار به .

---

(٢) طعن ٢٨ / ٣٥ ق س ٢٠ ص ٣٠٦ .

(٣) طعن ٢٥ / ٣٦ ق س ١٩ ص ٨٩٨ .

٢ – أن يكون المدعى متمكنا من رفع الدعوى . والمراد بالتمكن هو أن يكون المدعى مالكا للدعوى . (٤) يستطيع رفعها فى أى وقت دون مـانع من ذلك .

ترك المدعى دعواه – مع التمكن – هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير لها وتعديه عليها ، وإنكار حق مالكها فيها . أما مجرد ترك العين وإهمالها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أو يغتصبها وينكر حق مالكهـا فيها فإنه لا يترتب عليه سقوط حق ملكيتهـا ولا يمنع سماع الدعوى بها (٥)

٣ – عدم العذر . المراد باعتبار الشخص معذورا هو أن يكون فى وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى بالحق المدعى به . فإذا لم يقم لدى المدعى عذر يمنعه من رفع الدعوى ، ومضت المدة المانعة من سماع الدعوى امتنع على القاضى سماعها .

والأعذار التى ذكرها الفقهاء مسوغه لسماع الدعوى رغم مضى المدة وإن جاءت على سبيل المثال إلا أن قوامها أن تكون فى شتى صورها بحيث يتعذر معها على المدعى إمكان رفع الدعوى .

علة العذر فى صوره المختلفة المانعة من سريان المدة هى عدم التمكن من رفع الدعوى إن حقيقة أو حكما (٦) . تنصيب النائب عن الأصيل ، يحل محله ، ويلزمه أن يتولى أمره ، ويرتفع بذلك العذر وتتحقق المكنه من رفع الدعوى مما يستتبع سريان المدة المانعة من سماع الدعوى .

إذا وجد عذر يمنع المدعى من المطالبة بحقه كأن يكون غائبا غيبة متصلة طويلة أو غير عادية أو يكون واضع اليد ذا شوكه يخاف من مطالبته أو يكون المطالب مفلسا لا فائدة من تنفيذ الحكم عليه عند صدوره ، فإذا وجد شىء من ذلك لم تبتدئ المدة إلا من وقت زوال العذر ، وإذا ابتدأت المدة يجب استمرار عدم العذر حتى تنتهى ، فإذا انتهت كان مضيها مانعا من سماع الدعوى فإذا عاد العذر خلال المدة تنقطع المدة بذلك ويعتبر ما مضى نهائيا لاغيا وتبتدئ مدة

---

(٤) طعن ٢٩ / ٢٣ ق س ١٧ ص ٦٥٦ .

(٥) « ٦ / ٣٦ ق س ٩ ص ١١٢ .

(٦) طعن ٣٢ / ٢٩ ق س ١٣ ص ٥٥٩ .

جديدة ، ولو تعاقب اثنان على وضع اليد أو أكثر ابتدأت المدة من وقت وضع يد الأول إذا كان كل منهم قد تلقى الملك عمن قبله . (٧)

المدار في العذر أن يكون مشروعا ومانعا للمدعى من رفع الدعوى ، وتقديره وكونه مانعا أو غير مانع متروك لفطنه القاضى . (٨)

٤ - المدة المانعة من سماع الدعوى

القاعدة في المادة ٣٧٥ أن الدعوى لا تسمع إذا مضى عليها خمس عشرة سنة مع التمكن من رفعها وعدم العذر الشرعي في إقامتها ، وإنكار المدعى عليه للحق في تلك المدة .

غير أن المادة المذكورة جاءت بمدة أخرى هي ثلاث وثلاثين سنه وذلك بالنسبة للدعاوى المتعلقة بعين الوقف والإرث .

المقصـــود بالسنة هي السنة الهجرية وقد أفصح المشرع عن قصده في المذكرة الإيضاحية لهذا النص فنص صراحة على أنه ماعدا الحوادث الواردة في المواد من ١٢ إلى ١٨ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ فإن المعتبر في الحساب السنة الهجرية وتبدأ المدة المانعة من سماع الدعوى من وقت تقرير الحق في ذمة المدين مع عدم العذر المانع من رفع الدعوى . أما إذا كان هناك عذرا فتبدأ المدة من وقت زواله .

ويكون احتساب المدة بالسنين سواء كانت بعضها شهورها كاملة الأيام أم ناقصة ، لأن الذى يحتسب عدد السنين لا احتساب مجموع أيام هذه السنين .

ويجب ألا يطرأ خلال المدة ما يقطعها من إقرار أو طروء عذر أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام القضاء ، وإن لم يفصل في طلبه .

وقد قضى بأن المدة المقررة لسماع الدعوى ليست مدة تقادم يعمل في شأنها بقواعد التقادم الواردة في القانون المدنى ، وإنما مبناها مجرد نهى المشرع للقضاة عن سماع الدعوى بمجرد انقضاء المدة المقررة لسماعها ، ولا يقف سريانها إلا بقيام عذر شرعي بالمدعى يحول بينه وبين رفع الدعوى ما بقى هذا العذر قائما (٩)

أحكام التقادم ووقفه في القانون المدنى لا تنطبق بالنسبة للمدة المنصوص عليها في المادة ٣٧٥ لائحة لسماع الدعوى لأن المدون بهذه المادة لم يتناوله الإلغاء بالقانون ٤٦٢ / ١٩٥٥ .

---

(٧) طعن ١١ / ٤٦ ق س ٣ ص ١٠٢٨ .
(٨) طعن ١٢ / ٣٨ ق س ٢٣ ص ٧٣٠ .
(٩) طعن ٩ / ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٤٨٩ .

مادة – ٣٧٦ – أعمال النواب أو من يقوم مقامهم فيما يتعلق بالإفتاء تكون قاصرة على إفتاء المحاكم الأهلية والحكومة والأفراد فى غير القضايا المنظورة أمام المحاكم الشرعية وليست المحاكم مقيدة بفتوى أياً كانت .

□□□

مادة – ٣٧٧ – لا يجوز طلب أحد من رؤساء المحاكم أو نوابها أو قضاتها إلى جهة من جهات الإدارة إلا إذا رخصت وزارة الحقانية بذلك .

□□□

مادة – ٣٧٨ – يجتمع قضاة كل محكمة بهيئة جمعية عمومية فى شهر أكتوبر من كل سنة لتوزيع الأعمال فيها وفى المحاكم الجزئية التابعة لها وتحديد عدد الجلسات وبيان أيامها فى كل أسبوع .

وتضع الجمعية العمومية بذلك قراراً يرسل إلى وزارة الحقانية للتصديق عليه .

□□□

مادة – ٣٧٩ – تراعى أحكام القانون المالى وتعليمات وزارة المالية فيما يتعلق بالأعمال الحسابية بالمحاكم الشرعية .

□□□

مادة – ٣٨٠ – أعمال التفتيش فى المحاكم الشرعية تقرر فى لائحة خصوصية بقرار من وزير الحقانية .

□□□

مادة – ٣٨١ – يضع وزير الحقانية لائحة للإجراءات الداخلية بالمحاكم الشرعية ويتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذه اللائحة ، ويضع لائحة ببيان الإجراءات والضوابط التى تجب مراعاتها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية .

وكذلك يضع لائحة ببيان شروط التعيين فى وظائف المأذونين واختصاصهم وعددهم وجميع ما يتعلق بهم .

□□□

الكتاب الثانى

فى
صيغ الدعاوى الخاصة
بالأحوال الشخصية مسلمين
وغير مسلمين

الفصل الأول

صيغ الدعاوى الخاصة بالأحوال الشخصية للمسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

إنه في يوم ..... الموافق ..... / ..... / ١٩٩٠ الساعه .....

بناء على طلب « الأسم واللقب والمهنه أو الوظيفة والموطن » إذا كان الطالب يعمل لغيره يذكر أسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه .

« قد يكون الطالب أكثر من شخص »

أنا « يذكر اسم المحضر » « يذكر أسم المحكمة التى يعمل بها »

قد انتقلت فى التاريخ اعلاه إلى محل إقامة كل من :

١ – أسم المعلن اليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه إن كان الموطن معلوم . إذا كان الموطن غير معلوم فيذكر آخر موطن كان له .

٢ – .....

وأعلنته بالاتى – أو وأعلنتهم بالآتى :

الموضوع

الموضوع يمثله صيغ الدعاوى الواردة بعد

وبناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت فى تاريخه اعلاه إلى محل إقامة المعلن اليه « أو المعلن اليهم » واعلنته بصورة من هذه الصحيفة وكلفته الحضور الساعة الثامنة صباحا وما بعدها أمام محكمة – الكائنة بناحيه – بجلستها التى ستعقد بتاريخ – ليسمع الحكم عليه بطلبات الطالب « أو الطالبين » الواردة بهذه الصحيفة مع الزامه المصروفات ومقابل اتعاب المحاماه

ولاجل العلم .....

توقيع المستلم — توقيع المحضر

اسمه وصفته

نفقة زوجيه قبل الدخول

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعى تاريخه .....

على يد مأذون ناحية ..... غير أنه – رغم مرور مدة ..... على عقد زواجهما – لم يدخل بها ، ولم ينفق عليها من تاريخ عقد الزواج الحاصل فى .....

ولما كانت المدعية لم تمتنع عن تسليم نفسها لزوجها المدعى عليه ، ولم يدعها هو للدخول بها . وكانت نفقة الزوجة تجب على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ، ومن ثم فإن المدعية تستحق نفقتها على المدعى عليه من تاريخ عقد الزواج ، وقد طالبته رضاء بفرض نفقة شهرية لها فامتنع بدون وجه حق رغم يساره المتمثل فى ..... « يقدم الدليل أو يطلب إحالة الدعوى لتحقيق يسار الزوج » مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم لها عليه بفرض نفقة شهرية بأنواعها « ..... » من تاريخ العقد عليها فى ..... وأمرة بالأداء لها فى مواعيدها .

قواعد :

١ – يشترط لاستحقاق النفقة على الزوج وجود احتباس الزوجة ، وهو التسليم أو الاستعداد له والاحتباس معناه تسليم النفس على حكم الله ومنهجه بمعنى أن تسلم الزوجة نفسها لزوجها واختصاصه وحده بما أحل الله منها . فالاحتباس هو احتباس منفعة الزوجة وقصر هذه المنفعة على الزوج – وهذا شرع الله بلا منازع – فالاحتباس ليس معناه حبس ذات الزوجة ، وفقد لحريتها ، وسيطرة على إرادتها ولذلك قال الحناف الاحتباس هو ما كان وسيلة إلى حق مقصود ومستحق بالعقد الصحيح .

٢ – الاحتباس قد يكون قائما حكما ولو لم تنتقل الزوجة إلى منزل زوجها مادام الزوج لم يطلب انتقالها لأن النقلة حقه ، والنفقة حق الزوجة ، فإذا فوت الزوج حقه فى نقل زوجته إلى بيته ، لا يضيع حقها عليه فى النفقة .

٣ – إذا دخل الزوج بزوجته ، ثم امتنع عن الانفاق عليها ، كان لها أن تطالبه بالنفقة من تاريخ الامتناع ، بشرط قيام الاحتباس أو الاستعداد له .

٤ – لا يشترط لاستحقاق النفقة الدخول الحقيقى ، إذا تحقق تسليم الزوجة نفسها لزوجها . أو كان التسليم قائما حكما بأن تكون مستعدة للتسليم ولا يوجد لديها ما يمنعه

٥ – على الزوجة إثبات يسار الزوج – سواء بالمستندات أو بالبينة .

٦ – تكفي شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن ، والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر – مادة ١٧٩ لائحة .

٧ – شرط القضاء بنفقة الزوجة ظهور مطل الزوج ، ولا يكتفي بمجرد الشكايه .

٨ – الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

زيادة نفقة الزوجة

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعي مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ، وقد دخل المدعى عليه بها وعاشرها معاشرة الأزواج واستمرت العشرة بينهما مدة تزيد على .....

وحيث إن المدعى عليه امتنع عن الانفاق على زوجته بدون مبرر شرعي ، وترك منزل الزوجية إلى حيث يقيم بمفرده ، ولم يرسل لها ما تنفق منه على نفسها ، مما اضطرها إلى إصدار حكم ضده في الدعوى رقم ..... قضى بتاريخ ..... بفرض نفقة شهرية لها مقدارها .....

وحيث إنه قد مضى زمن طويل على تقرير النفقة بالحكم سالف الذكر ، ولم يعد المفروض لها كافيا لنفقتها على زوجها المدعى عليه ، وقد زادت حالته المالية إلى يسر أكثر مما كان عليه وقت الفرض السابق طبقا للمستندات المقدمة – أو البينة « أو التحريات التي تجريها المحكمة » وبقيت حالته الاجتماعية على وضعها السابق. ولذلك طالبته المدعيه رضاء بزيادة المقرر لها بالحكم السابق إلى الحد المناسب لحالته المالية ، فامتنع بدون وجه حق مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم لها بزيادة المقرر نفقة لها بالحكم الصادر في الدعوى رقم ..... من تاريخ المطالبة .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

٢ – يجوز تحديد المبلغ المطلوب زيادته على المقرر بالحكم السابق ، ويجوز أن يترك أمر تقدير الزيادة لقاضي الدعوى .

٣ – يجب إقامة الدليل على زيادة يسار الزوج المدعى عليه عن وقت الفرض السابق والدليل هنا أما بينة ، وإما مستندات . أو التحريات .

٤ – تكون الزيادة فى النفقات من وقت الحكم بها ، وليس من وقت ثبوت اليسار لأن الحكم منشىء للحق فى الزيادة .

٥ – يجوز رفع الدعوى بطلب زيادة النفقة المتصالح عليها إذا مضى زمن على تقريرها رضاء .

تخفيض نفقة الزوجة

المدعى عليها زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ويدخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج « أو لم يدخل بها بعد »

وحيث إن المدعى عليها قد حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... بفرض نفقة لها وتقدير مبلغ ..... نفقة شهرية من تاريخ ..... وقد اعتد الحكم المذكور بحال المدعى المالية والاجتماعية وقت الفرض .

ولما كانت حال المدعى المالية قد تغيرت من يسر إلى عسر بسبب « مرض أو شيخوخة – أو توقف عن العمل » كما أن حالته الاجتماعية قد تغيرت ، فأصبح يعول « زوجة أخرى أو الوالدين أو زاد عدد أسرته » ومن ثم لم يعد المدعى قادرا على أداء الفرض السابق بالحكم الصادر فى دعوى النفقة رقم ..... ، والمستندات المقدمة فى الدعوى خير دليل على ذلك « الدليل » الأمر الذى اضطر المدعى لرفع الدعوى طالبا الحكم بتخفيض المقرر نفقة للمدعى عليها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ..... ليصبح على قدر حال المدعى .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – يجوز تحديد القدر المطلوب تخفيضه ، ويجوز ترك ذلك لقاضى الدعوى ، وهو فى ذلك يتعرف حال الزوج من البينة والقرائن أو المستندات .

٣ – إذا ادعى الزوج الإعسار ولم يثبته رفضت دعواه ، إذ لا يكفى مجرد ادعاء الاعسار .

٤ – النفقة المقدرة صلحا أو قضاء لا تبقى على حال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعا لتغير الأحوال والظروف بالنسبة للزوجين ، والتغير قد يكون زيادة أو نقصانا .

نفقة العدة

المدعية كانت زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، واستمرت الحياة الزوجية قائمة بينهما حتى ..... حيث طلقها باشهاد طلاق مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ومن ثم صارت فى عدته من تاريخ الطلاق .

ولما كانت المعتدة تجب لها النفقة على مطلقها ، لأن سبب الفرقة أتت من جانبه ، فقد طالبته المدعية بأداء نفقة عدتها عليه من تاريخ الطلاق الحاصل فى ..... إلا أنه امتنع بدون وجه حق رغم يساره إذ « يمتلك ..... أو يتكسب كذا شهريا من عمله أو تجارته ..... الدليل » مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بفرض نفقة عدة لها عليه من تاريخ الطلاق الحاصل فى ..... وحتى تنتهى عدتها منه شرعا . مع امره بأداء ما يفرض فى مواعيده .

قواعد

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – أنواع العدة – حيض – وأشهر ، ووضع حمل . وتبدأ العدة عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاه .

٣ – لا نفقة للمتوفى عنها زوجها – لا على الزوج ولا على غيره – لأن ملك الزوج انتهى بوفاته بل ينتقل إلى خلفه . والنفقة من آثار الزوجية بين الزوج وزوجته وبوفاه الزوج لا يجب شىء من آثار الزوجية على الغير .

٤ – العدة حق الشرع فلا يملك الزوجان اسقاطها . والعدة حق للولد – قال ﴿ﷺ﴾ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره .

٥ – الأصل فى العدة الحيض ، وجعلت الأشهر بدلا عنه عند عدمه .

٦ – انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة ، وقد ائتمنها الشرع على الاخبار به ، فالقول فيه قولها بيمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك .

٧ – انقضاء العدة بالحيض من مواضع الخفاء بحيث لا يتيسر لأحد معرفته إلا المعتدة نفسها .

ابطال المقرر نفقة للزوجة لردتها

المدعى عليها زوجة للمدعى بالعقد الصحيح الشرعى المؤرخ ..... ودخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج « أو لم يدخل بها بعد » وقد حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... بفرض نفقة لها عليه مقدارها ..... شهريا . وقد استمرت المدعى عليها فى تنفيذ هذا الحكم من تاريخ ..... إلى تاريخ .....

وحيث إنه بتاريخ ..... علم المدعى أن المدعى عليها قد ارتدت عن دين الاسلام ، ودخلت فى دين ..... « الدليل » .

ولما كانت المرتدة لا تجب لها نفقة على زوجها فقد اخطرها المدعى بذلك وطلب منها الامتناع عن التنفيذ عليه بحكم النفقة السالف ذكره ، إلا أنها استمرت فى تهديده بالتنفيذ بالنفقة المحكوم بها مما اضطره لرفع الدعوى طالب الحكم بابطال المقرر نفقة للمدعى عليها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ..... وذلك من تاريخ ارتدادها عن الاسلام ، وأمرها بعدم التعرض له فى ذلك .

قواعد

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – المرتـدة عن الأسلام لا نفقة لها على زوجها ، سواء كان ارتدادها إلى دين كتابى أم لا ، أو ارتدت إلى غير دين .

٣ – عدم وجوب نفقة للزوجة المرتدة ، هو حكم عام ، سواء كانت ردتها قبل الدخول بها أم كانت بعد الدخول .

طلب وقف نفقة الزوجة للنشوز

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... وقد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج واستمرت الحياة الزوجية بينهما حتى تاريخ ..... حيث فوجىء المدعى بامتناع المدعى عليها عن طاعته بدون وجه حق شرعى ، وتركت منزل الزوجية ، ولم تعد إليه رغم المحاولات الودية التى بذلها مما اضطره ذلك إلى دعوتها للعودة لمنزل الزوجية بموجب إعلان على يد

محضر أعلن لها بتاريخ ..... ولم تتخذ اجراءات الاعتراض عليه أمام المحكمة المختصة طبقا للشهادة المرفقة .

وحيث ان المدعى عليها أقامت الدعوى رقم ..... ضد المدعى وصدر لصالحها حكم بفرض نفقة شهريه مقدارها ..... وتقوم بتنفيذ الحكم على راتب المدعى . ولما كان امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق ، موقف لنفقتها على زوجها من تاريخ الامتناع ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض فى ..... ، فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم بوقف نفقة المدعى عليها المقضى بها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ..... وذلك من تاريخ ..... تاريخ انتهاء ميعاد اعتراضها على الإعلان الموجه لها من المدعى .

قواعد

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ - الامتناع عن العودة لمنزل الزوجية - أيا كان سبب هذا الامتناع - مبرر مرفع الدعوى بوقف النفقة .

٣ - هناك امتناع اعتبارى عن طاعة الزوج وهو حالة ما إذا خرجت الزوجة من منزل الزوجية ولم تعد إليه بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر . هذا الامتناع الاعتبارى يشترط فيه دخول الزوج بزوجته لأنه قائم على خروج الزوجة من منزل الزوجية ، وعدم العودة إليه .

٤ - الامتناع عن الطاعة دون حق موقف لنفقة الزوجة على زوجها من تاريخ الامتناع - الامتناع هنا عام يشمل الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها . مادة ١١ مكررا ثانيا فقرة أولى » .

طلب استرداد النفقة فى النكاح الفاسد

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج . وقد علم المدعى من « الشهود العدول ..... أو الدليل الذى تؤسس عليه الدعوى » أن المدعى عليها اخته من الرضاع ، ومن ثم تحرم عليه ويكون زواجه بها فاسدا غير شرعى ومن ثم قام بتطليقها بموجب اشهاد طلاق مؤرخ .....

ولما كانت الزوجة فى الزواج الفاسد لا تستحق نفقة على زوجها ، لأن الشرع لا يرتب آثارا على الزواج الفاسد ، فضلا عن أنه ليس فيه احتباس مشروع لحق الزوج . وكانت المدعى عليها قد حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... بفرض نفقة شهـرية لها مقدارها – من تاريخ – وقامت بالتنفيذ على المدعى تنفيذا جبريا ، وأن من حقه أن يسترد ما أداه من نفقة للمدعى عليها بموجب الحكم سالف الذكر – فقد طالبها برد ما حصلت عليه من نفقة فامتنعت دون وجه حق مما اضطره لرفع الدعوى طالبا الحكم اولا : بابطال المقرر نفقة للمدعى عليها بموجب الحكم رقم ..... ثانيا : بالزام المدعى عليها بأن ترد للمدعى مبلغ ..... مقدار ما استولت عليه من المدعى بموجب تنفيذ الحكم سالف الذكر .

قواعد

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى بشرط الا تنكر المدعى عليها الرضاع الذى يدعيه المدعى – أما إذا أنكرته فإنه يكون هناك نزاع فى سبب الحق وتكون المحكمة الابتدائية هى المختصة .

٢ – يتعين إقامة الدليل على رضاع أحد الزوجين على الزوج الآخر .

٣ – التفريق بين الزوجين فى الزواج الفاسد واجب شرعا بحكم القضاء إن لم يفترقا رضاء – ويكون لكل واحد من المسلمين – إذا علم بفساد النكاح – أن يرفع الدعوى حسبة للقضاء طالبا التفريق .

٤ – الزواج الفاسد ليس فيه احتباس مشروع لحق الزوج .

٥ – إقرار الزوج بفساد النكاح يقتضى التفريق بينه وبين زوجته .

نفقة صغير

المدعية كانت زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ورزقت منه على فراش الزوجية بالصغير ..... بتاريخ ..... غير أن المدعى عليه أساء للمدعيه مما اضطرها لترك منزل الزوجية بتاريخ ..... وأخذت معها صغيرها منه . ومنذ هذا التاريخ امتنع المدعى عليه من الانفاق على صغيره ، وقد طالبته رضاء بفرض نفقة للصغير فامتنع دون وجه حق رغم يساره الواضح « يقدم دليل اليسار – أو يطلب احالة الدعوى إلى التحقيق أو التحرى عن حالة المدعى عليه » وفقر الصغير وعدم وجود مال له .

ولما كانت نفقة الصغير الفقير على أبيه ، وكان الصغير المذكور فقيراً لا مال له ، وكانت ولاية الانفاق عليه تعتمد اليد الممسكة له ، والصغير مازال في يد أمه المدعية ، لما كان ذلك وكان امتناع المدعى عليه من فرض نفقة لصغيره لا اساس له من الشرع ، فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بالزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية نفقة شهرية للصغير « أنواع النفقة » لتنفق منها عليه مع أمر المدعى عليه بالأداء .

قواعد :

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ - نفقة الابن على أبيه لا يشاركه فيها أحد ، فالأبن جزء من أبيه ، وانفاقه على إبنه كانفاقه على نفسه ، وإحياؤه كإحياء نفسه .

٣ - نفقه الابن على أبيه من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليه « مادة ١٨ مكررا ثانيا » .

٤ - يشترط فى نفقة الفرع أن يكون الفرع فقيرا ، أو لم يبلغ حد الكسب . وأن يكون الأصل قادرا على الانفاق . ويدخل فى قدرة الأصل على الانفاق قدرته على الكسب .

٥ - يلزم الأب بنفقة الولد ، وتوفير المسكن له بقدر يسار الأب ، وبما يكفل للولد العيش فى المستوى اللائق بأمثاله .

نفقة صغير أنكر المدعى عليه نسبه

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد عرفى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، ورزقت منه بتاريخ ..... بالولد ..... طبقا للشهادة الصادرة من مكتب صحة ..... وثابت بها أن المدعى عليه هو الذى أبلغ عن واقعة ميلاد الصغير .

وحيث إن المدعى عليه أنكر نسب الصغير إليه وامتنع عن الإنفاق عليه بتاريخ ..... وقد طالبته رضاء بالانفاق على صغيره المذكور قاصر على إنكار نسبه إليه ، وانكر الزوجية والمعاشرة ، وبذلك ثار النزاع بينها وبين المدعى عليه فى سبب الحق المدعى به - ثبوت النسب - وهو نفقة الصغير ، ولذلك فقد أقامت الدعوى للحكم لها أولا بإثبات نسب الصغير - للمدعى عليه . ثانيا - بفرض نفقة شهرية للصغير - من تاريخ الامتناع عن الانفاق فى - وأمره بالأداء فى مواعيده .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية إذا كان انكار النسب وأراد بصحيفة الدعوى . أما إذا كانت الدعوى بطلب نفقة الصغير فالاختصاص للقاضى الجزئى – وإذا دفع أمامه بانكار نسب الصغير يتعين إحالة الدعوى إلى المحكمة الكلية .

٢ – يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح – وإن لم يعاينه – متى اشتهر عنه ذلك بأحد نوعى الشهرة الشرعية – الحقيقية أو الحكمية – فمن شهد رجلا أو امرأة يسكنان فى موضع وبينهما انبساط الأزواج أو شهد لديه رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أنها زوجته حـل له أن يشهد بالنكاح بالتسامع إذا اشتهر شهرة حقيقية ، وهو ما يكون بالتواتر . والشهادة هنا قصد بها اثبات النسب ، لأن دعوى النسب باقية على حالها فى الأثبات .

٣ – إذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه ، ولم تكن فراشا له فلها أن إثبات مدعاها بالبينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول .

٤ – البينه فى مجال إثبات النسب أقوى من مجرد الدعوة أو الأقرار .

٥ – الشهادة المنصبة على السب لا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان .

طلب الحاضنه نفقة صغير

المدعية حاضنة للصغير ..... وهو ابن للمدعى عليه بصحيح النسب الشرعى « يقدم الدليل عند الأنكار » ويبلغ من العمر ..... وليس له مال ينفق منه على نفسه ، أو تنفق الحاضنة منه عليه .

ولما كانت المدعية قد آلت إليها حضانة الصغير المذكور بعد وفاة والدته المرحومة « – » أو لزواجها بغير الأب المدعى عليه ، فقد طالبته رضاء بفرض نفقة لصغيره حتى يمكنها الإنفاق منها عليه فى مأكله وملبسه ومسكنه ، إلا أن المدعى عليه امتنع عن ذلك من تاريخ ..... بدون وجه حق ، رغم يساره وقدرته المالية ، إذ يمتلك – أو يعمل فى – أو يشغل وظيفة – وراتبه منها – « الدليل » .

ولما كانت المدعية حاضنته للصغير المذكور ولها حق مخاصمة والده فى طلب نفقته عليه إبقاء على حياة الصغير ، فقد أقامت الدعوى للحكم بفرض نفقة للصغير – مقدارها – شهريا « لأكله وملبسه ومسكنه ..... » من تاريخ امتناعه عن الإنفاق فى – وأمره بالأداء لها فى مواعيده .

قواعد :

١ – نفقة الأولاد تستحق على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم .

٢ – يلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره ، وبما يكفل لهم العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

٣ – الابن له النفقة على أبيه إلى أن يتم الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنيه أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لامثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت النفقة على أبيه .

٤ – تستمر نفقة البنت على أبيها إلى أن تتزوج أو تكسب ما يكفى لنفقتها .

٥ – النفقة تعتمد اليد المنفقة . وولاية الحاضنة فى المطالبة بنفقة الصغير الذى فى يدها لم تُحد شرعا بتجاوزه أقصى سن الحضانة .

٦ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

زيادة نفقة صغير

المدعية كانت زوجة المدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ورزقت منه بتاريخ ..... على فراش الزوجية بالصغير ..... « أو الصغيرة ..... »

وحيث إنه بتاريخ ..... صدر حكم فى الدعوى رقم ..... بتطليق المدعية على المدعى عليه طلقة بائنة للضرر « أو للغيبة أو للعيب ..... » وخرجت من منزل الزوجية ومعها صغيرها ..... لتكمل حضانته . وإزاء امتناع المدعى عليه من الإنفاق على صغيره المذكور فقد حصلت المدعيه بتاريخ ..... على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بفرض نفقة للصغير مقدارها ..... شهريا ابتداء من تاريخ ..... وقد مضى على هذا الفرض مدة طويلة تغيرت فيها أحوال المعيشة وارتفعت الأسعار وزادت حاجات الصغير المذكور عن مقدار الفرض المقضى له به بالحكم رقم ..... المشار إليه .

وحيث إن حال المدعى عليه المالية قد تغيرت بالزيادة فزاد يساره عن وقت الفرض السابق ، ولم تتغير حالته الاجتماعية « الدليل » ولذلك طالبته المدعية وديا بزيادة المفروض لصغيره منها – فامتنع بدون وجه حق ، مما اضطرها لإقامة

الدعوى طالبة الحكم بزيادة المقرر بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ..... نفقة للصغير ..... وذلك من تاريخ الطلب ليصبح المقرر أصلا وزيادة مبلغ ..... مع أمره بالأداء لها فى مواعيده .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – نفقة الصغير تعتمد اليه النفقة . فمن كان الصغير فى يده ، حق له أن يطلب نفقته ممن هى واجبة عليه شرعا .

٣ – نفقة الصغير على والده لا تبطل مادام الصغير فقيراً .

٤ – يجوز تحديد مقدار الزيادة المطلوبة فى صحيفة الدعوى .

٥ – فى قرابة الولاد ينظر إن كان الأب هو المنفق ؛ فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه ، بل قدرته على الكسب كافيه حتى تجب عليه نفقة أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء ، والإناث الفقيرات وإن كن صحيحات ، وإن كان الأب معسرا بعد أن كان قادراً على الكسب ، لأن الانفاق على الأولاد عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب إحياء لهم ، وأحياؤهم احياء لنفس الأب لقيام الجزئية والعصبية وأحياء الأب نفسه واجب عليه .

٦ – طلب زيادة النفقة لا يجوز استنادا إلى تاريخ حصول اليسار الذى أوجب زيادتها ، وإنما تكون الزيادة من تاريخ المخاصمة والطلب .

نفقة قريب

المدعية أم لأولادها ..... من زوجها المرحوم ..... الذى توفى بتاريخ ..... فقيرا معسرا ، ولم يترك لأولاده مال ينفقون منه على أنفسهم ، كما أنهم معسرون ولا مال لهم .

ولما كان المدعى عليه « أو المدعى عليهم » عم شقيق لأولاد المدعية الذين يستحقون النفقة ، وكان المدعى عليه من الاغنياء وميسور الحال ، « الدليل » وفى فاضل كسبه ما يدفع حاجة أولاد أخيه الفقراء ، ويسد رمقهم ، فقد طالبته المدعية رضاء أن يفرض على نفسه نفقة لأولاد أخيه فامتنع بدون وجه حق مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بفرض نفقة شهرية مقدارها – على المدعى عليه لأولاد أخيه ..... وأمره بأداء ما يفرض لهم فى مواعيده .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص القاضي الجزئي .

٢ – نفقة الأقارب صلة شرعية الحاجة إلى ما يقيم أود الحياة حتى لا يتعرض من فرضت له الهلاك .

٣ – السبب في نفقة القريب هو قرابة المحرميه مع الأهلية للإرث .

٤ – موضوع النسب يكون قائما في دعوى نفقة القريب باعتبارها سببا للالتزام بها ، ولا تتجه إلى المدعى عليه إلا به ، ولذلك يكون النسب ماثلا فيها وملازما لها ، وتتبعه وجودا وعدماً . وإذا ثار نزاع في النسب كان الاختصاص للمحكمة الابتدائية .

٥ – أن نفقة القريب الفقير تجب على عصبته قبل ذوى رحمه لتقدم العصبة على ذى الرحم في الإرث .

٦ – إذا ادعى من قبض نفقة القريب المعجلة أنه انفقها أو فقدت منه ، صدق في ذلك وكان على من تجب عليه نفقتهم دفع غيرها اليهم ، وله بعد ذلك أن يتخذ – بخصوص ما عجله – الاجراءات القانونية .

٧ – المعول عليه في سبب وجوب النفقة على الغير هو ما يوجد وقت الحكم بها . ويشترط في نفقة القريب دوام وجود الأسباب التي يستحق من أجلها طلب النفقة .

طلب أجر رضاع

المدعية كانت زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعي مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه بتاريخ ..... على فراش الزوجية بصغير أسمياه.....

وحيث أن المدعى عليه طلق المدعية بتاريخ ..... وبانت منه برؤيتها دم الحيض ثلاث مرات كوامل ، وخرجت من منزل الزوجية ، ومازال الصغير في مدة الرضاع ، ومن ثم تستحق مقابل إرضاعه عن مدة الرضاع التي تبدأ من تاريخ خروجها من عدة المدعى عليه في ..... وقد طالبته بأجر الأرضاع رضاء فامتنع عن فرضه لها وأدائه بدون وجه حق رغم يساره المتمثل في « الدليل » الأمر الذي اضطرها لرفع الدعوى طالبه الحكم بالزام المدعى عليه بأن يؤدى لها مبلغ ..... شهريا مقابل أجر أرضاعها لصغيره منها ..... مع أمره باداء ذلك في مواعيده .

قواعد :

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

٢ - الأم لا تستحق أجرة الرضاع على الأب - ولو استأجرها - متى كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن حتى لا يضار الوالد بالجمع بين أجرة الارضاع ونفقة العدة في وقت واحد .

٣ - للأم حق المطالبة بأجرة ارضاعها لإبنها بعد الأرضـــاع بدون عقد إيجار ســـابق لمباشرتها الأرضاع ، وإنما تستحق أجرة الإرضاع بلا عقد في المدة كلها

٤ - أجرة الإرضاع لا تسقط بموت الرضيع أو المرضعة أو الأب لأنه ليست بنفقة .

طلب حضانة صغير

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج . وقد رزقت منه على فراش الزوجية بالصغير ..... وذلك بتاريخ .....

ولما كان المدعى قد أساء معاملة المدعية وطردها من مسكن الزوجية وامتنع عن تسليمها صغيرها منه على الرغم من أنه مازال فى سن الحضانة أو يبلغ من العمر « - » ولا يستغنى عن حضانة أمه . وقد حاولت المدعية بكافة الطرق الودية استلام الصغير أو اقناع والده بتسليمه لها حتى تكمل حضانته ، إلا أنه أصر على امتناعه بدون وجه حق مما اضطرها لإقامة الدعوى للحكم لها بإلزام المدعى عليه بأن يسلمها صغيرها منه ..... حتى يعود لحضانتها . وأمره بعدم التعرض لها فى ذلك .

قواعد :

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

٢ - جعل المشرع أمر حضانة الصغير - من سن معينة - لأمه وذلك فى حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدمتها ، وعدم استغنائه بنفسه عنها .

٣ - حدد المشرع انتهاء حق حضانه النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة .

٤ - مدار الحضانة نفع المحضون ، فمتى تحققت مصلحته فى شىء وجب المصير إليه بدون التفات إلى حق الأم أو الأب .

٥ - رتب المشرع فى المادة ٢٠ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ الحاضنات وجعل الحضانة للأم ثم لمن يليها من الاناث .

طلب أجر حضانه

المدعية كانت زوجة المدعى عليه بعقد صحيح شرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وبتاريخ ..... رزقت منه بالصغير .....

وحيث إن المدعى عليه طلق المدعية بتاريخ ..... وبانت منه بانقضاء عدتها برؤيتها دم الحيض ثلاث مرات كوامل آخرها بتاريخ .....

وحيث إن الصغير ..... فى حضانة المدعية منذ طلاقها فى ..... وبانقضاء عدتها تستحق أجر حضانته على أبيه المدعى عليه ، لأن الحاضنة تقوم على حفظ الصغير وتربيته ، ومن ثم تستحق الأجر عليها لأنها عمل يجب الأجر عليه بمجرد القيام به ومن تاريخ انقضاء العدة .

وحيث أن المدعية طالبت المدعى عليه بأجر حضانة لها مقابل حضانتها لصغيره ——— منها فامتنع بدون وجه حق رغم يساره المتمثل فى———
الأمر الذى اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بفرض مبلغ ——— أجرة حضانة للمدعية على المدعى عليه مقابل حضانتها لصغيره منها ——— .

قواعـد :

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ - الحضانة عمل تؤديه الحاضنه لحساب والد الصغير - وليست نفقة ولا شبه نفقة بالنسبة لها - اللهم إلا بالنسبة للصغير باعتبارها حلقه من سلسلة النفقات الواجبة له .

٣ - أجرة الحضانة مقابل احتباس الحاضنه لأجل الصغير .

٤ - يجوز للقـاضى زيادة أجرة الحضانة المتفق عليها رضاء بين الحاضنه ووالد الصغير . إلى أجر المثل .

٥ – لا تستحق الحاضنه – إذا كانت زوجة أو معتده لاب الصغير – أجر حضانة .

٦ – تستحق الحاضنة أجر حضانه حتى يبلغ الصغير سن العاشرة ، وحتى تبلغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنه . وإذا ابقى القاضى الصغير فى يد الحاضنة بعد ذلك ، فإنها لا تستحق أجر حضانة .

دعوى حبس

المدعية زوجة المدعى عليه بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها بالصغير ..... بتاريخ ..... إلا أنه امتنع عن الأنفاق عليها وعلى صغيرها منه بدون وجه حق مما اضطرها لرفع الدعوى رقم ..... طالبة الحكم لها بنفقتها ونفقة صغيرها . وبتاريخ .... قضى لها بالزام المدعى عليه بأن يؤدى مبلغ ..... شهريا نفقة لها بأنواعها ومبلغ ..... شهريا نفقة بنوعيها لصغيــرها من تاريخ ..... وأمرته بأداء ما فرض فى مواعيده .

وحيث ان المدعية اعلنت اعلنت المدعى عليه بالحكم المذكور فلم يؤد ما فرض عليه حتى تجمد لها قبله مبلغ ..... فقامت بالتنفيذ عليه بتاريخ ..... إلا أنه تهرب من تنفيذ الحكم حتى أصبح المتجمد لها ولصغيرها مبلغ .....

وحيث أنه أزاء امتناع المدعى عليه عن تنفيذ حكم النفقة الصادر ضده فى الدعوى رقم ..... ، وقد تجمد للمدعيه مبلغ ـــــــ ولم تجد سبيلا للوصول إلى نفقتها ونفقة الصغير فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بأمره بأداء متجمد النفقة قبله وإذا لم يمتثل الحكم بحبسه .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص المحكمة الجزئية التى اصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ .

٢ – يجب أن يثبت أمام القاضى امتناع المدعى عليه عن تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة .

٣ – لا يكون الحبس إلا فى النفقات وأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن .

٤ – يجب أن يثبت أمام قاضى الحبس أن المدعى عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به

نفقة للمدعيه . واليسار الوارد بحكم النفقة يكون قرينة على قدرة المحكوم عليه . أما إذا ادعى الاعسار وأثبته فإن القاضى يمهله . ولا يكفى مجرد ادعاء الاعسار .

٥ - يكون الحكم « حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه مدة ..... « لا تزيد عن ثلاثين يوما » على أن يخلى سبيله إذا أدى للمدعيه مبلغ ..... أو احضر كفيلا به .

٦ - رفع دعوى الحبس لا يمنع تنفيذ حكم النفقة بالطرق الاعتيادية .

طلب ابقاء الصغير مع حاضنته
بعد بلوغه أقصى سن الحضانة

المدعية كانت زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بالصغير ..... وذلك بتاريخ .....

وحيث أن المدعى عليه طلق المدعية بتاريخ ..... وبقى الصغير فى حضانتها حتى الآن فتجاوز سن العاشرة « أو اثنتى عشرة سنه إذا كانت الصغيرة انثى »

ولما كان المدعى عليه يهدد المدعيه باستلام الصغير ..... رغم أنه مازال فى حاجة لرعاية حاضنته ولا يستغنى عنها « لابد من ذكر السبب الذى يقنع القاضى بذلك والدليل عليه » بل ومن مصلحته بقاءه فى يد الحاضنه حتى تتعهده وتقوم على شؤونه التى يعجز عنها ، ولا خبرة لغيرها بالصغير . وإذا لم تجد المحاولات الودية فى استبقاء الصغير مع المدعية فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بابقاء الصغير ..... فى يد المدعيه بعد تجاوزه سن الحضانه بتاريخ ..... وذلك دون أجر ، وأمر المدعى عليه بعدم التعرض لها فى ذلك .

قواعد :

١ - هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ - ابقاء الصغير فى يد الحاضنة بعد تجاوزه أقصى سن الحضانة « العاشرة بالنسبة للصغير والثانية عشرة سنه بالنسبة للصغيرة » أمر جوازى للقاضى يشترط أن يتبين له أن مصلحة الصغير تقتضى ذلك .

٣ – بقاء الصغير فى يد الحاضنة بعد انتهاء سن الحضانه يحكمه عدة ضوابط منها : ١ – يجب أخذ الصغير بما هو انفع له سواء كان مع الأب أو مع الحاضنه .

٢ – الحاضنة أوفر شفقة ، ولا ينزع الصغير منها إلا إذا استغنى عن خدمتها .

٣ – حق الأب فى حضانة صغيره – أو صغيرته – حتى يتخلق الأبن بعد العاشرة بأخلاق الرجال والتعود بعاداتهم ، وحتى يحافظ الأب على الانثى ويوجهها التوجيه السليم ويعودها معاملة الرجال وهى مقدمة على معاشرتهم .

٤ – يتعين على القاضى أن يراعى ما إذا كانت الحاضنة تسعى إلى مصلحتها هى فقط بابقاء الصغير معها – وخاصة إذا كانت غير الأم .

٥ – أن طلب إبقاء الصغير بعد انتهاء سن الحضانة قد يكون وسيلة لاستمرار الحاضنة فى حيازة منزل الزوجية .

طلب نقل الحضانة

المدعى عليها كانت زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بالصغير .....

وحيث إنه بتاريخ ..... طلق المدعى المدعى عليها بموجب وثيقة الطلاق المؤرخة ..... فأقامت الدعوى رقم ..... بطلب ضم الصغير ..... إليها لتكمل حضانته وقد تسلمته بتاريخ ..... واستأثرت به وامتنعت عن تمكين المدعى من رؤية صغيرة ولم تجد معها كل الطرق الودية فى تمكينه من رؤية الصغير .

وحيث أن المدعى أقام الدعوى رقم ..... ضد المدعى عليها طالبا تمكينه من رؤية الصغير ..... وقد قضى له بتاريخ ..... بحقه فى رؤية صغيره فى يد حاضنته المدعى عليها ، وعند تنفيذ حكم الرؤية امتنعت الحاضنة عن تنفيذه ، مما اضطر المدعى إلى اللجوء إلى القاضى لانذارها بتنفيذ حكم الرؤية ، وقد صدر له أمر بذلك من القاضى ، واعلنت المدعى عليها به بتاريخ ..... ، ومع ذلك استمرت فى إخفــــاء الصغير عن والده فلم تمكنه من رؤيته ، وقد تكرر منها هذا الامتناع بغير عذر .

وحيث ان امتناع الحاضنة عن تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير وتكرار امتناعها ، فيه ضرر لمن له حق الرؤية وبالصغير معا ، الأمر الذى يتعين معه نقل

حضانته من المدعى عليها مؤقتا إلى من يليها من أصحاب الحق فى الحضانة وهى ..... حتى يمكن للمدعى رؤية صغيره فى الميعاد والمكان المحدد بحكم الرؤية الأمر الذى اضطر المدعى لإقامة الدعوى طالبا الحكم بنقل حضانة الصغير ..... « أو الصغيرة ..... » من المدعى عليها إلى « ..... » التى تلى الحاضنة فى حق الحضانة ، وذلك للمدة التى يقدرها القاضى .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – يتعين اختصام الحاضنة التى تلى المدعى عليها .

٣ – الحكم الصادر بنقل الحضانة مؤقتا واجب النفاذ فورا بمجرد صدوره .

٤ – نقل الحضانة أمر جوازى للقاضى ، فيجوز له أن يحكم بنقل الحضانة ويجوز له أن يعيد انذار من بيده الصغير لتنفيذ حكم الرؤية . غير أنه يتعين سرعه البت فى أمر الرؤية حتى لا يُوله الأب بصغيره ، وإلا يضيع الصغير مع مرور الوقت فى التقاضى بين الحاضنة ووالد الصغير .

٥ – رؤية الصغير حق لكل من الأبوين ، والأجداد عند عدم وجود الأبوين ، وهذا الحق قائم مادام الصغير فى يد حاضنه أو فى يد حاضنه من الرجال .

٦ – المقصود بعدم وجود الأبوين هو عدم وجودهما فى البلد الذى فيه الصغير كما لو كان الأبوان أو أحدهما بعيدا عن بلد الصغير .

٧ – ترك القانون حق تنظيم رؤية الصغير للوالدين يتفقا على تنظيمها زمانا ومكانا . على أن تكون الرؤية بمكان لا يضر بالصغير نفسيا .

٨ – مدة الرؤية حددها الفقهاء باسبوع للأم أما غيرها فقيل مدة الرؤية شهرا وهو الراجح ، ويتعين إلا يكون هناك قصد الضرر فى تحديد مدة الرؤية أو مكانها .

٩ –

منع الحاضنة من الانتقال بالمحضون

المدعى عليها كانت زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معـــاشرة الأزواج ورزق منها على فراش الزوجية بالصغير ..... بتاريخ.....

وحيث أن المدعى عليها أقامت الدعوى رقم .....على المدعى طالبة الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة وقد قضى لها بتاريخ ..... بطلباتها . كما أقامت الدعوى رقم ..... طالبة الحكم بضم الصغير ..... لها لتكمل حضانته وبتاريخ ..... قضى لها بطلباتها وأصبح الصغير معها ، وتحت يدها .

وحيث إن المدعية حصلت على عقد عمل لتعمل خارج جمهورية مصر العربية وأعدت ما يلزم ذلك من مستندات ومنها أوراق سفرها والصغير معها إلى خارج البلاد رغم أنه مازال من سن الحضانة . ولما كانت المدعى عليها قد طلقت على المدعى طلاقا بائنا فليس لها شرعا أن تنتقل بالمحضون بعيدا عن والده ويكون له حق منعها من السفر به – وإذ طلب منها ذلك أكثر من مرة فأبت وأصرت على سفر الصغير معها – وفى ذلك ضرر به وضرر بأبيه مما اضطره لرفع الدعوى طالبا الحكم بمنع الصغير——— من السفر مع المدعى عليها خارج جمهورية مصر العربية – وأمرها بذلك .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – الحاضنة قد تكون أما ، وقد تكون غير أم . والأم قد تكون الزوجية قائمة بينها وبين والد الصغير ، وقد تكون معتدة من طلاق ، أو انقضت عدتها .

٣ – إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم الحاضنة وأب المحضون كان لهذا الأخير منعها من السفر مطلقا لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر .

٤ – إذا كانت الأم الحاضنة معتدة من طلاق فليس لها الخروج من بيت الزوجية قبل انقضاء العدة محافظة على حق الشرع .

٥ – إذا كانت الأم الحاضنة مطلقة وانقضت عدتها وارادت السفر بالصغير فى أثناء مدة الحضانة فالأمر لا يخلو من أحد مرضين :

الأول : إذا كان السفر إلى وطنها الذى تزوجها فيه فليس للأب أن يمنعها من السفر .

الثانى : إذا كان السفر إلى بلد لم يكن وطنا لها ولم يعقد عليها فيه أو أنتفى أحد الشرطين فليس لها أن تسافر بالصغير ، وللأب منعها .

٦ – غير الأم من الحاضنات ليس لها أن تنقل بالمحضون إلا بإذن والده .

٧ – إذا كان الصغير فى حضانة أمه فإن الأب يمتنع من أخراجه من بلد الأم بلا رضاها سواء كان المكان الذى يريد اخراجه اليه بعيدا ام قريبا يمكنها أن تصر صغيرها فيه ثم ترجع لأنها إذا كانت حاضنه يمنع الأب من أخذ الصغير منها .

٨ – إذا سقت حضانه الأم وأخذ الأب صغيره منها فله أن سافر به – على أن يعود حق الحضانة للأم – أو للحاضنه – إذ زال سبب سقوط حضانتها .

اسقاط حق الحضانه

المدعى عليها كانت زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشـرها معاشرة الأزواج ، ورزق منها على فراش الزوجية بالصغير ..... بتاريخ.....

وحيث ان المدعى عليها حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بتطليقها على المدعى طلقة بائنة ، كما حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بضم الصغير المذكور إليها وقد نفذ هذا الحكم بتاريخ ..... وتسلمت الصغير واستمر معها حتى الآن .

وحيث أن المـدعى عليها تزوجت – بعد انقضاء عدتها – بأجنبى عن الصغير ، وليـس هناك من يليها فى حضانة الصغير ، ومن ثم سقطت حضانتها له ، وأصبح المدعى وهو أب للصغير أحق بضمه إليه ليكمل حضانته وتربيته ، وقد طالبها رضاء بتسليمه صغيره فامتنعت بدون وجه حق ، وأصرت على إمساكها الصغير فى بيت زوجها ، وهو من المبغضين له ، ولذلك فقد أقام الدعوى للحكم أولا بسقوط حق المدعى عليها فى حضانة صغيره منها——— لزواجها بأجنبى عنه ثانيا : بضم الصغير ——— لوالده « المدعى » ليكمل حضانته وتربيته .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

٢ – تسقط الحضانة إذا فقدت الحاضنة شرطا من شروط الحضانة .

٣ – إذا سقطت حضانة الأم لأي سبب فإن الأب لا يجبر على إرسال إبنه إليها لتراه ، بل هي إذا أرادت رؤيته لا تمنع من ذلك .

طلب تسليم صغير لوالدته

كانت الطالبة زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، واستمرت الحياة الزوجية بينهما إلى أن رزقت منه على فراش الزوجية بالصغير .....

وحيث إنه بتاريخ ..... طلق المدعى عليه الطالبة ومازال الصغير في يده رغم أنه لم يبلغ بعد أقصى سن الحضانة ، وأن الطالبة أمه ، وهي أحق بحضانته ، والصغير في حاجة إلى حضانتها . فقد طالبت المدعى عليه بأن يسلمها الصغير المذكور لتكمل حضانته فامتنع بدون وجه حق مما اضطرها لرفع الدعوى طالبه الحكم بالزام المدعى عليه بأن يسلمها الصغير ..... لتكمل حضانته شرعا على أمره بعدم التعرض لها في ذلك .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضي الجزئي .

٢ – الحضانة حق النساء حتى يبلغ الصغير سن العاشرة وتبلغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة .

٣ – يجب أن تتوافر في الحاضنة شروط الحضانة .

٤ – الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير دواعيها ، غير أن هذه الحجية المؤقته تظل باقية طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير . الحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن عليه بطريق النقض عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى .

٥ – ضم الصغار إلى الحاضنات من قبيل الولاية على النفس .

٦ – مناط ضم الصغير انتفاء المضارة ، ومصلحة الصغير .

طلب ضم صغير لوالده

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، واستمرت الحياة الزوجية بينهما إلى أن رزق منها بتاريخ ..... بالصغير ..... على فراش الزوجية .

وحيث أنه بتاريخ ..... طلق المدعى المدعى عليها « أو حصلت المدعى عليها على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بتطليقها عليه طلقة بائنة » وظل الصغير ..... فى يدها وحضانتها حتى بلغ أقصى سن الحضانة بتاريخ ..... فاستغنى بذلك عن خدمة النساء ، وأصبح فى حاجة إلى مخالطة الرجال لينهج نهجهم فى الحياة ، وقد طالب المدعى المدعى عليها رضاء أن تسلمه صغيره منها ليكمل تربيته ولينشأ نشأة الرجال فامتنعت بدون وجه حق مما اضطره لرفع الدعوى طالباً الحكم بإلزام المدعى عليها بأن تسلمه صغيره منها ..... لتكمل تربيته .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – حق الأب فى الحضانة يبدأ حيث تنتهى حضانة النساء مطلقا . فإذا بلغ الصغير – أو الصغيرة – السن المقررة قانونا فى المادة ٢٠ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ وجب على الحاضنة تسليمه لأبيه أو وليه العاصب ، ولا يجوز بقاء الصغير أو الصغيرة معها بعد هذه السن إلا إذا صدر حكم بإبقائه معها لأن الرجال أقدر على الصيانة والتربية بعد انتهاء حضانة النساء .

٣ – العاصب إذا كان مفسدا لا يسلم إليه المحضون .

طلب أسقاط الحضانة لاعسار الأب
ووجود متبرعة بها

المدعى عليها كانت زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها بتاريخ ..... بالصغير .....

وحيث إن المدعى طلق المدعى عليها بموجب اشهاد الطلاق المؤرخ ..... وبانت منه ، وأقامت الدعوى رقم ..... طالبة الحكم بضم الصغير لها وقد صدر الحكم بطلباتها « أو أن المدعى ترك الصغير للمدعى عليها لتكمل حضانتها له » وقضى ضده بأجر حضانه مقداره ..... استمرت فى التنفيذ به مدة .....

وحيث إن حال المدعى قد تغيرت من يسر إلى عسر فلم يعد بمقدوره أن يدفع أجر حضانة المدعى عليها لصغيره ، وطلب منها أكثر من مرة أن تحضن الصغير مجانا فأبت واستمرت فى التنفيذ عليه مما سبب إرهاقه .

وحيث أنه توجد متبرعة بالحضانة « المدعى عليها الثانية » تطلب حضانة الصغير ـــــ مجانا « وهى جدة الصغير لأبيه أو عمته ..... » وذلك مساعدة منها للمدعى الذى ظهر إعساره بين أهله . الأمر الذى اضطره لإقامة الدعوى طالب الحكم أولا باسقاط أجر حضانة الصغير ..... عن أبيه المدعى .

ثانيا : بإلزام المدعى عليها أن تسلم الصغير ـــــ للمدعى عليها الثانية لضمه اليها لاستكمال حضانته مجانا .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – حق الأم فى حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة .

٣ – حق المتبرعة فى ضم الصغير مشروط بطلب الأب إسقاط الأجر عنه ، وهو لا يتوصل إلى ذلك إلا بإثبات حق الضم المتبرعة .

٤ – الخصم فى الدعوى هو الأب ، ويكون خصما عن المتبرعة إن كانت غائبه ، وإن كانت حاضرة تعين اختصامها .

٥ – إذا طلبت المتبرعة ضم الصغير دون الأب ، فلا تجاب إلى طلبها ، لأنه لا تنتصب خصما عن الأب في طلب سقوط أجر الحضانة والتضرر من الإعسار تبعا لحقها في الضم .

٦ – إذا كان الأب ذا يسار فلا يسقط حق الأم في الحضانة لأن بقاء الصغير معها أنفع له وترجح دائما مصلحة الصغير .

٧ – يتعين على القاضي ملاحظة ما إذا كان هناك تواطؤ بين الأب والحاضنة المتبرعة .

اعلان بدعوة الزوجة للعودة لمنزل الزوجية

المدعى عليها زوجة للمدعى بعقد صحيح شرعي على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج « وانجب منها الصغير ..... »

وحيث إن المدعى عليها خرجت من منزل الزوجية بتاريخ ..... ولم تعد إليه ، وذلك دون سبب مشروع ، وقد دعاها رضاء – وتدخل بينهما الأهل – لتعود إلى منزل الزوجية ، إلا أنها رفضت ذلك بدون وجه حق ، فتكون بذلك خارجة عن طاعته ، وتعتبر ممتنعة – دون وجه حق – عن طاعة زوجها إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوته اياها للعودة بإعلان على يد محضر .

وحيث أن المدعى أعد للمدعى عليها مسكناً شرعيا بناحية «   » مستوف لأدواته الصحية ومرافقة الشرعيه ، وأمين عليها في النفس والمال . « أو أن المسكن هو مسكن الزوجية الذى عاشا فيه معا منذ دخوله بها وحتى الآن » « يبين المسكن وتحديده ومكانه » .

ولما كان المدعى يطالب المدعى عليها بموجب هذا الإعلان للعودة لمنزل الزوجية المبين به وإلا اعتبرت ممتنعة دون وجه حق عن طاعته الأمر الذى يوقف نفقتها عليه من تاريخ امتناعها عن العودة .

لذلك

أنا ..... محضر .....

القواعد :

١ – الفقرة الأولى من المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ عام يشمل الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها .

٢ – تكلمت الفقرة الثانية من المادة المذكورة عن حالة امتناع – اعتبارى – عن طاعة الزوجة لزوجها – وهذا الامتناع الاعتبارى هو مجرد عدم العودة لمنزل زوجها إذا دعاها إليه – بشرط أن تكون الدعوه بإعلان على يد محضر .

٣ – يجوز للزوجة ان تثبت أنها غير ممتنعة عن الطاعة باعتراضها على الأعلان ثلاثين يوما من تاريخ إعلانها .

٤ – يجب على الزوج أن يبين فى الإعلان المسكن الذى يدعو زوجته العودة إليه .

٥ – نص المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ لا يمنع الزوج من رفع دعوى أمام المحكمة الجزئية بطلبها الدخول فى طاعته .

اعتراض على دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية

المعترضة زوجة للمعترض ضده بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... وقد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، إلا أنه أساء إليها « تذكر الإساءة مادية أو معنوية » واعتدى على مالها مما اضطرها لترك منزل الزوجية ، لعدم أمانته عليها فى النفس والمال .

ولما كان المعترض ضده قد وجه للمعترضة أعلانا على يد محضر أعلن لها بتاريخ ..... يدعوها فيه للعودة لمنزل الزوجية المبين بالإعلان ، وإلا توقف نفقتها عليه من تاريخ الأمتناع عن العودة .

ولما كان المعترض ضده غير أمين على زوجته المعترضة فى النفس « يذكر الاسباب » وفى المال « يذكر الدليل » ، كما أن المسكن المبين بالإعلان غير شرعى إذا لم يستكمل مرافقه أو أدواته الصحية . أو يسكن به الغير « الدليل » فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بعدم الأعتداء بإنذار الدعوة ، لمنزل الزوجية المعلن للمعترضة بتاريخ ..... بناء على طلب زوجها المعترض ضده ، وأعتباره كأن لم يكن .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – يجب أن يتم الأعتراض خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان بالعودة لمنزل الزوجية .

٣ – يجب أن يبين فى الأعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها المعترضة فى أمتناعها عن طاعة زوجها ، وإلا حكم بعدم قبول الأعتراض .

٤ – يجب أن تتدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بين الزوجين عند نظر الأعتراض .

٥ – إذا بان للمحكمة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة التطليق تعين اتخاذ إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ .

٦ – الطاعة وإن كانت حقا للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشرط بأن يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها .

طلب المهر للخلوة الصحيحة

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... وسمى لها فى العقد صداقا مقداره ..... بقى فى ذمته ولم يتم سداده للمدعية ، ولما طالبته به رفض أداءه وبادر بتطليقها بإشهاد رسمى مؤرخ ..... أثبت فيه أن الطلاق قبل الدخول والخلوة ، ومن ثم لا يلزمه كامل المهر .

ولما كـان المدعى عليه قد اختلى بالمدعية خلوة صحيحة « أو دخل بها » فإن كامل مهرها يتأكد عليه – لأن الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول ويتأكد بها المهر بتمامه . « الدليل على الخلوة »

ولما كان المدعى عليه لم يؤد للمدعية كامل مهرها الثابت بعقد الزواج فقد طالبته رضاء بذلك فامتنع دون وجه حق شرعى مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعيه مبلغ ..... كامل مهرها المسمى بعقد الزواج .....

قواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى .

٢ – يتأكد المهر الواجب بعقد الزواج الصحيح فى الحالات الآتيه :

أ – الدخول الحقيقى ، وقد أجمع الفقهاء على ذلك ، وقيدوا سقوط المهر كله أو بعضه بحصول الطلاق قبل الدخول ، والقول قول الزوج بيمينه فى دعوى الدخول وعدمه ولا يحلف الزوج إلا بطلب الزوجة لأن البينة على الدخول بينتها .

ب – الخلوة الصحيحة – ويعبر عنها بالدخول الحكمى – وهى أن يجتمع الزوجان – بعد عقد الزواج الصحيح – منفردين فى مكان آمنين من دخول الغير عليهما بدون إذن ، ولم يكن هناك مانع حقيقى أو شرعى أو طبيعى يمنعهما من الوطء .

جـ – الموت – إذا مات أحد الزوجين ، ولو قبل الدخول – يتأكد المهر بالعقد الصحيح ، فلا يسقط إلا بالإداء أو الإبراء . وسبب ذلك أن المهر واجب بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت .

طلب معجل المهر

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... على يد مأذون ناحية ..... وسمى لها بالعقد مهراً مقداره ..... معجل الأداء إلا أن هذا المسمى مازال باقيا فى ذمة المدعى عليه رغم دخوله بالمدعية . « أو يطلبها الدخول بها رغم عدم سداده المهر المسمى لها بالعقد »

ولما كان المهر واجبا شرعا للزوجة على زوجها ، وأن لها أن تمنع نفسها لاستيفاء ما بين تعجيله من المهر المسمى ، وكان المدعى عليه لم يوف المدعيه معجل صداقها الثابت بعقد زواجهما فقد طالبته رضاء بأن يوفيها عاجل صداقها فامتنع بدون وجه حق مما أضطرها لرفع الدعوى طالبه الحكم بالزامه بان يوفى المدعيه عاجل صداقها المسمى بعقد الزواج ومقداره .....

قواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص القاضى الجزئى .

٢ – المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه . وسبب وجوبه على الزوج هو عقد النكاح .

٣ – المهر يتأكد بالدخول ، ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزوجية قائمة .

٤ – للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعورف تعجيله من المهر .

٥ – إذا لم يسم مهرا فى العقد يحكم بمهر مثل الزوجية من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها وأهل أبيها إن وجدن .

٦ – يتأكد المهر بالدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل .

٧ – طلب مؤخر الصداق يثبت للزوجة بعد الموت أو الطلاق البائن .

طلب نصف المهر

المدعية كانت زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... وقد ثبت فى العقد المهر المسمى بين الطرفين ومقداره ..... غير أن المدعى عليه لم يدخل بالمدعيه مدة ..... ثم طلقها قبل الدخول والخلوة ، وأمتنع عن أداء حقها فى المهر بواقع النصف فيه بحجة أنه لم يدخل بالمدعية .

ولما كان المهر المسمى فى عقد الزواج الصحيح يتشطر بالطلاق قبل الدخول إذا كان الطلاق من جانب الزوج ، ومن ثم فإن المدعية تستحق نصف مهرها المسمى بعقد الزواج ومقداره ..... وطالبت به المدعى عليه رضاء أكثر من مرة فامتنع بدون وجه حق مما اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية مبلغ ..... نصف مهرها المسمى بعقد الزواج .

قواعد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص القاضى الجزئى .

٢ - إذا كان عقد الزواج صحيحا وكان المهر مسمى فى العقد ووقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى ، وكانت الفرقة من جانب الزوج ، فإن الزوجة تستحق نصف المهر المسمى .

٣ - الذى ينضف هو المهر المفروض فى عقد الزواج الصحيح ، أما إذا كان هناك فرض مهر بعد العقد فلا يرد عليه التضيف .

٤ - يشترط أن يكون الطلاق قبل الخلوة - لأن الخلوة عند الأحناف كالدخول .

تطليق لتراخى الزوج فى الدخول بزوجته

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد زواج صحيح شرعى مؤرخ ..... ومازالت المدعية فى عصمة المدعى عليه وطاعته رغم مضى مدة ..... على عقد الزواج ، فقد أخذ يتنقل من بلد إلى آخر ، وترك جمهورية مصر العربية إلى بلاد أخرى ، وترك المدعية كالمعلقة لا هى بزوجة تتمتع بالأستقرار فى حياة زوجته مع زوجها رغم أمساكه لها طوال هذه المدة ، ولا هى حرة من الأزواج حتى يتكلم عنها

الخطاب ، مما سبب لها ضررا بليغا ، إذ هى شابة وتخشى الفتنة ، فضلا عن أن سنى عمرها تمر مع زوج لا يعطيها حقها الشرعى فى أن تكون معه حيث كان وأن يدخل بها ويعاملها معاملة الزوجة الأمر الذى اضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة للضرر عملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ مع امره بعدم التعرض لها فى أمور الزوجية .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – الضرر الذى تعنيه المادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ شرطه أن يكون مقصودا من الزوج ، ومتعمدا سواء كان الضرر إيجابيا أم سلبيا .

٣ – مرور زهاء أربع سنوات على ابرام عقد الزواج دون أن يدخل الزوج بزوجته أو يمكنها من الأستقرار فى حياة زوجية يترتب عليه ضرر محقق بالزوجة ولا يسوغ للزوج أن يتعلل بعدم العثور على مسكن مناسب طليلة هذه السنين إذ هو أمر لا دخل للزوجة فيه ، لأن من واجبة توفير المسكن الشرعى .

٤ – التراخى عمدا فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بابلغ الضرر ، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة .

تطليق لعدم الأتفاق

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشـــرها معاشرة الأزواج ، واستمــرت الحياة بينهما مدة ..... ، إلا أن المدعى عليه امتنع عن الأنفـــاق على زوجته المدعيـــة منذ تاريخ ..... وقد طالبته مرارا بالنفقة فأمتنع بدون وجه حق وأصر على أمتناعه عن الأنفاق مدعيا العجز عنه .

ولما كان امتناع الزوج عن الأنفاق على زوجته يجيز لها طلب التطليق عليه طلاقا رجعيا حتى لا ترهق الزوجة وتترك مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول إلى ما تنفق منه على نفسها ، فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم بتطليقها على المدعى عليه طلقة رجعية لعدم الأتفاق .

قواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – راجع المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ق ٢٥ / ١٩٢٠ .

٣ – التطليق لعدم الأنفاق مستمد من مذهب الأمام مالك .

٤ – الرضا بالأعسار عند العقد مانع من طلب التفريق بعده .

٥ – إذا أدعى الزوج الأعسار واثبته امهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق بعدها طلق عليه .

٦ – لا تطلق الزوجة للأعسار إذا كان الزوج كفيل موسر له مال ظاهر .

دعوى تطليق للعيب

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وأقامت معه فى منزل الزوجية منذ العقد عليها وحتى ..... ورغم انقضاء هذه المدة فإنها مازالت بكرا بسبب عدم قدرة زوجها المدعى عليه على الدخول بها لأن به عُنّة إذ عرض نفسه على الأطباء الفنيين فى ذلك وأستمر علاجه مده ——— والمدعيه تعينه على ذلك وتتقرب إليه – إلا أن الأطباء قطعوا بعدم شفائه ، وعدم قدرته على معاشرة النساء على النحو الموضح بالكشوف الطبية المرفقة ولما كانت المدعية شابة وتخشى على نفسها من الفتنة ، وقد امتنع عن المدعى عليه من تطليقها ظلما منه وعنادا ولذلك فقد أقامت الدعوى للحكم لها بتطليقها عليه طلقة بائنه للعيب .

قواعد :

١ – جعل المشرع للزوجة حق طلب التطليق على زوجها ان ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصـــلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقـــامة معه إلا بضرر شديد .

٢ – توسع المشرع فى العيوب المبيحة للتطليق فلم يذكرها على سبيل الحصر ، وخول الاستعـــانه بأهل الخبرة لبيان مدى استحكـــام المرض ومدى الضـــرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

٣ - يجب إلا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

٤ - التفريق للعيب بالرجل قسمان : قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهو عيوب العنه والخصاء ، والحكم فيه باق وفق فقه الأحناف . وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجه معه إلا بضرر .

٥ - لم يعين القانون الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرضى أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت العنة من الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بارجح الأقوال فى مذهب الحنفية طبقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٦ - المقرر في مذهب الأحناف أنه إذا أدعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب ، وثبت أنها لازالت بكرا ، وأنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضي ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن معاشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم . وبدء السنه من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعي أو طبيعي كالأحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ولا يحسب في هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه أن كان مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنه وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها ، طلقت عليه .

٧ - الفرقه بالعيب طلاق بائن .

٨ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

طلب اعتبار الطلاق المعلق كأن لم يكن

كانت المدعية زوجة للمدعي عليه بعقد صحيح شرعي ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وقد نشب خلاف بينهما فأوقع بسببه طلاقا بتاريخ ..... وعلقه على فعل شيء بأن قال لها « أن فعلت كذا فأنت طالق » ثم نمى إلى عمله أن المدعية فعلت ما أقسم عليه ، فوقر في ظنه أن الطلاق قد وقع ، ولما كان قد سبق أن أوقع الطلاق على المدعيه مرتين ، فقد توجه إلى مأذون ناحية ..... واثبت في أشهاد رسمي مؤرخ ..... أن الطلاق وقع مكملا الثلاث ، ومن ثم بانت المدعيه منه بينونه كبرى .

وحيث ان المدعيه لم تقم بفعل ما أقسم عليه المدعى عليه ، فإن الطلاق الواقع عليها لم يصادف محلا ، وعلى هذا أراد الرجوع إلى زوجته المدعية دون أتخاذ الإجراءات القانونية لاعتبار الطلاق الواقع منه كأن لم يكن ، لذلك أقامت المدعيه الدعوى طالبة الحكم باعتبار الطلاق الواقع من المدعى عليه بتاريخ ——— كأن لم يكن .

قواعـــــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – تعليق الطلاق إن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه ، وقائله يكره حصول الطلاق ، ولا وطر له ، كان فى معنى اليمين ، ولا يقع به طلاق .

٣ – فى الطلاق المعلق يرجع إلى غرض الزوج وقصده ، فإن كان يقصد من تعليق الطلاق على أمر مستقبل ، وقوع الطلاق عند حدوث الشىء المعلق عليه ، وقع الطلاق عند حصوله معاملة له بقصده .

٤ – إذا لم تكن هنا قرائن توضح عرض الزوج – فى وقوع الطلاق عند حدوث الشىء المعلق عليه – وتدل عليه ، وحصل خلاف بين الزوجين فى غرض الزوج وقصده ، فادعت الزوجة أنه يقصد حصول الطلاق لو حصل المعلق عليه ، وأنكر الزوج ذلك وقال أنه قصد مجرد الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه ، فالقول فى هذا قول الزوج مع يمينه ، فإن حلف اليمين على أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد التخويف أو الحمل على الفعل أو المنع فلا يقع الطلاق ، وإن نكل عن أداء اليمين وقع الطلاق لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الزوجة .

دعوى تطليق للضرر

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... أمـام مأذون نـاحية ..... ودخل بها وعاشـرها معاشرة الأزواج واستمـرت الحياة بينهما مدة ..... غير أن حاله تغيرت بدون سبب فبدأ يعتدى عليها بالقول بأن سبها أمام الناس ، وأعتدي عليها بالفعل بأن أعتدى عليها بالضرب وتحرر عن ذلك محضر الجنحه رقم « » وقضى فيها بعقوبة « » طبقاً للمستندات المرفقة .

ولما كانت المدعية قد أصابها ضرر من أعتداءات المدعى عليه بالقول والفعل مما يستحيل معه دوام العشرة بينهما فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة للضرر عملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ .

القـــــواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٢ – المادة السادسة من الرسوم بقانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ وأن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر من مذهب الأمام مالك ، إلا أنها لم تتضمن قواعد خاصه بطرق أثبات عناصرها فيتعين الرجوع فى شأنها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليه ، ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطليق قيام البينه عليه من رجلين أو رجل وأمرأتين .

٣ – المعول عليه فى مذهب مالك – المتخذ مصدرا تشريعيا لنص المادة السادسة من الرسوم بقانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الأيذاء المتعمد سواء كان إيجابياً كالتعدى بالقول أو الفعل أو سلبيا كهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجه الجنسية .

٤ – ثبوت واقعة هجر الزوج لزوجته فى الفراش تكفى وحدها للحكم بالتفريق .

س ٣١ ط ١٥ / ٤٧ ق ص ١٠٠٩ .

٥ – يشترط للحكم بالتطليق للضرر طبقا للمادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وعجز القاضى عن الأصلاح بين الزوجين مع توافر الضرر المبيح للتطليق .

٦ – للمحكمة أحالة الدعوى إلى التحقيق لأثبات الضرر – ويثبت الضرر ببينه كامله رجلين أو رجل وأمرأتين عدول طبقا لأرجح الأموال من مذهب أبى حنيفه .

٧ – يكفى لأثبات عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين أن تعرض محكمة أول درجة الصلح عليهما فيرتضه أحدهما – دون حاجة لإعادة عرضه مرة أخرى أمام محكمة الأستئناف – مادام لم يستجد فى الدعوى ما يدعوا إليه .

٨ – المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الأيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين امثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

٩ – لا يشترط لإجابة الزوجة إلى طلب التطليق للضرر – وفق المشهور عند المالكية – أن يتكرر ايقاع الأذى بها ، بل يكفى لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر به ولو مرة واحدة .

١٠ – للزوجة التى رفضت دعواها بالتطليق للضرر الحق فى أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب – وهو الضرر – على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

تطليق للهجر ضرارا

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وأستمرت الحياة الزوجية على وفاق بينهما بعد ذلك مده ..... غير أن المدعية فوجئت بتاريخ ..... وبغير سبب منها بتغير حـــال المدعى عليه ، فهجـــر فراش الزوجية ، وترك المدعية وكـــأنها بلا زوج ، ثم هجر بعد ذلك وبتاريخ ..... منزل الزوجية حيث أقام بجهة ..... دون أن تعرف المدعية سببا لذلك مما سبب لها ضرراً بليغا إذ هى شابه تخشى على نفســها الفتنه ، وعاقبة الضرر ، وقد حاولت إعادة الحياة الزوجية بينهما إلى ســابق عهدها إلا أن المدعى عليه أصر على هجره متعمدا إضرار المدعيه .

ولما كان هجر الزوج زوجته من أشد ضروب الضرر الذى ينال منها سواء كان ناجما عن فعل الزوج الإيجابى أن بفعل سلبى من جهته الأمر الذى اضطر المدعيه لرفع الدعوى طالبه الحكم بتطليقها على المدعى عليه طلقه بائنه للضرر عملا بالمادة الســـادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ وأمره بعـــدم التعرض لها فى أمورا الزوجية .

القـــــواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – المادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ لم تقيد الهجر « ضرارا » بمدة معينة بل أجازت التطليق متى وقع الهجر غير المشروع .

٣ – الهجر ضرارا قد يكون بعد الدخول وقد يكون قبله .

٤ – هجر الزوج زوجتـــه ، وترك معاشرتها مع وجوده فى البلدة التى تقيم فيها وتضررت من ذلك ، يكون من الأحوال التى يتنــاولها التطليق للضرر عمـــلا بالمادة السادسة ق ٢٥ / ٢٩ .

٥ – هجر فراش الزوجة بدون مبرر شرعى ، ضرر يجيز التطليق .

طلب تفريق لبطلان النكاح أو لفساده

تزوج المدعى عليهما بتاريخ ..... أمام مأذون ناحية ..... ويتعاشران معاشرة الأزواج ، ويقيمان معا في منزل الزوجية منذ .....

ولما كانت المدعى عليها الثانية أختا رضاعا للمدعى عليه الأول ، إذ قامت والدته بإرضاعها أمام شهود عدول هم « ..... » ومن ثم يكون نكاحهما فاسدا لم يرتب عليه الشرع آثار الزواج ، وليس فيه احتباس للمدعى عليه الأول على المدعى عليها الثانية ، ويتعين رفع النكاح بالتفريق بينهما .

ولما كان المدعى عليه الأول - أو المدعى عليها الثانية - وهما من المسلمين وعلى علم بفساد النكاح ، مازالا يتعاشران معاشرة الأزواج - فقد اخطرهما المدعى بضـــرورة افتراقهما أعمالا لشرع الله ، وحفاظاً على حقوق المجتمع المسلم ، وإذ لم يمتثلا لما أخطرا به ، وكان بحق للمدعى أن يرفع الدعوى حسبة فقد أقامها طالبا الحكم بالتفريق بين المدعى عليهما لفساد نكاحهما ، وأمرهما بعدم المعاشرة .

قـــواعد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٢ - لكل مسلم إذا علم بفساد النكاح أو بطلانه أن يرفع الدعوى حسبة بطلب التفريق بين الطرفين . ويجوز للزوجة في هذا النكاح أن ترفع الدعوى بطلب بطلان النكاح .

٣ - يتعين اختصام النيابة العامة في الدعوى ، وفي هذه الحالة تباشر هي الدعوى .

٤ - يتعين إقامة البينه الكاملة على الرضاع .

٥ - الزواج الفاسد هو الذى سقط شرط من شروط صحته كالزواج بلا شهود أو زواج الأجنبين معا - أو زواج واحدة منهما على الأخرى ، وزواج المتعه ، وزواج خامسة على أربعه في العصمه ، وزواج الأخت رضاعا .

٦ - الرضاع قليلة وكثيرة سواء في أثبات الحرمة عند الأحناف .

٧ – يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

٨ – لبن الفحل يتعلق به التحريم . وهو أن ترضع المرأه صبية فتحرم هذه الصبية على زوج المرضع وعلى أبنائه وآبائه .

٩ – إذا أقر الزوج بفساد النكاح يقضى بالتفريق بينه وبين زوجته ، ويعتبر قوله فى حق الفرقه كأنه طلقها .

١٠ – يرتفع النكــاح بين الزوجين بقول امرأة أنها أرضعتها إذا صدقها الزوج ولو كذبتهــا المرأة .

تطليق لحبس الزوج

المدعيه زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى تاريخه ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، واستمرت الحياه بينهما حتى تاريخ.....

وحيث ان المدعى عليه أرتكب جريمة ..... وقدم للمحاكمه الجنائية بسببها وحكم عليه بتاريخ ..... فى الجناية رقم ..... بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنوات « أو أكثر » وقام بتنفيذ العقوبة بتاريخ ..... « يقدم الدليل »

ولما كانت المدعية شابة تخشى على نفسها الفتنة وتتضرر من بعد زوجها المدعى عليه عنها لذلك فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بتطليقها على المدعى عليه طلقة بائنة لحبسه .

قــــواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٢ – راجع المادة ١٤ ق ٢٥ / ١٩٢٩ .

٣ – يجب تقديم صوره رسمية من الحكم الصادر بالعقوبة المقيدة للحرية والدليل الرسمى على تنفيذ الحكم وتاريخ هذه التنفيذ .

٤ – يجب أن يمر على تنفيذ العقوبة بالحبس سنه فأكثر قبل رفع الدعوى .

٥ – يجب أن يكون الحكم الصادر بالعقوبة المقيدة للحرية نهائيا ، وأن تكون العقوبة ثلاث سنــوات فأكثر ، وأن ينفذ الحكم على الزوج وتمضى سنــة على الأقل من تــاريخ التنفيذ بالحبس .

طلب تفريق زوجين بينهما رضاع

تزوج المدعى عليه بالمدعيه بعقد مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ولم يدخل بها - أو دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج - غير أنه تبين للمدعية من قول شهود عدول أنها رضعت على زوجهـــا المدعى عليه من والدته - أو من أمرأه أجنبيه هى ..... وقد أستمرت ترضعهمـــا مدة ..... « أو أرضعت المدعية مدة ..... » ومن ثم تعتبر هى والمدعى عليه أخوين رضاعا .

وحيث ان الأخت رضاعا لا تحل شرعا لأخيها فى الرضاع ، فقد طالبت المدعيه المدعى عليه بالفرقة أو الأتفاق عليها ، فلم يستجب مما أضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بالتفريق بينها وبين المدعى عليه لزواجهما حال كونهما أخوين رضاعا .

قـــواعد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

٣ - واقعه الرضاع - من امرأة واحدة - لا تقبل الشهادة عليها بالتسامع وأنما يتعين أن تبنى الشهادة على الرؤية والمعاينة . وسبب ذلك أن الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بنفسه . وقد استثنى فقهاء الأحناف من هذا الأصل مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى . ومنها ما هو على أحد قولين مصححين كشرائط الوقف ، ومنها ما هو قول مرجوح كالعتق والولاء فأجازوا فى هذه المسائل الشهادة بالتسامع من الناس استحسانا وأن لم يعاينها الشاهد بنفسه ، ورضاع أثنين من امرأة واحدة ليس من المسائل المشار إليها .

٤ - لكل من الزوجين ولكل واحد من المسلمين أن يرفع الدعوى بالتفريق بين زوجين بينهما رضاع ، وتكون الدعوى من غير الزوجين حسبه أمام القضاء .

٥ - يتعين أن يكون الرضاع فى مدة الرضاع وهى سنتان كاملتان عند صاحبى أبى حنيفة .

٦ - قليل الرضـــاع وكثيرة سواء فى إفادة التحريم متى تحقق الرضاع فى مدة الرضـــــاع .

٧ - ثبوت الرضاع يكون بالإقرار أو البينة . والبينه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

دعوى بطلان طلاق للغضب

تزوج الطالب بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعي مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ، وبتاريخ ..... طلقها طلاقا مكملا للثلاث بأن قال « تذكر الصيغه » وإذ كان الطالب وقت إيقاعه هذا الطلاق في ثورة غضب جامح بلغ به مبلغا لا يدرى معه ما يقول أو يفعل ، ووصل به إلى حالة من الهذيان افقدته الأرادة والأدراك الصحيحين ، وصار مضطربا فى القول والفعل . ولما كان طلاق الغضبان لا يقع عند الأحناف ، وكان مذهبهم هو الواجب التطبيق بالنسبة لطلاق الغضبان عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فقد أقام الدعوى طالبا الحكم ببطلان طلاقه للمدعى عليها الحاصل فى ..... .

قواعد :

١ – الأختصاص هنا للمحكمة الكلية .

٢ – الغضب ليس فى درجة واحدة ، وإنما هو على درجات متفاوته ، ويشترط فى الغضب الذى لا يقع فيه الطلاق ، أن يكون بحيث لا يدرى المطلق ما يقوله ويفعل وينسى ما قاله ، ولا يتذكر بعد ذهاب غضبه لأن الرسول ﴿ﷺ﴾ قال « لا طلاق فى إغلاق » أى يغلق باب الأرادة والقصد ويسد طريق الوعى والأدارك .

٣ – لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق حتى تنتج أثرها على إرادة المطلق .

٤ – لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمدة التى يستغرقها الغضب تبعا لتفاوت مداه ، ومتى التأثير به بالنسبة لكل حالة .

٥ – تقـدير توافر الأدلة على قيام حـالة الغضب هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل فى الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سايغا .

تطليق للغـــيبة

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ، ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وما زالت فى عصمته وطاعته للآن – إلا أنه بتاريخ ..... تغيب عنها ولم يعد إلى منزل الزوجية . ولما كانت المدعيه شابه تخشى على نفسها الفتنة من غياب زوجها عنها مدة زادت عن السنة بغير عذر مقبول – فقد رفعت الدعوى طالبة الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة للغيبة عملا بالمادتين ١٢ ، ١٣ ق ٢٥ / ١٩٢٩ .

قـــــواعد :

١ –نص المادتين ١٢ ، ١٣ من القانون ٢٥ /١٩٢٩ والأختصاص هنا للمحكمة الكلية .

٢ – المناط فى وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن هو أمكانية وصول الرسائل إليه

٣ – لم يحدد المشرع وسيلة أعلان الغائب بما يقرره القاضى من ضرب أجل للغائب أو أعذاره بتطليق الزوجة عليه أن لم يحضر للأقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها .

٤ – مدة الأمهال المنصوص عليها فى المادة ١٣ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ ليست من قبيل مواعيد المرافعات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالأجراء المطلوب ، وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للأقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته ، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطليق .

٥ – يكفى لتحقق شرط الأمهال والأعذار فى حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره القاضى فى هذا الشأن .

مؤدى نصوص المواد ١٢ ، ١٣ ، ٢٣ من الرسوم بقانون ٢٥ / ١٩٢٩ أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنه عدتها ٣٦٥ يوما فاكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب التطليق عليه بسبب هذا الضرر ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٦ – التطليق للغـيبة يقع بائنا لأن ســبب التطليق هو الضرر فكان كالفرقة بسبب مضـــارة الزوج .

س ٣٢ ط ١٣ / ٤٨ ق ص ٢٤٧ .

٧ – يشترط التطليق الغيبة توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج عن زوجة سنة فأكثر فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا لها يجيز التطليق وفقا للمادة السادسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ . وثانيهما : أن تكون غيبه الزوج بغير عذر مقبول .

٨ – تقدير العذر متروك أمره لتقدير قاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا .

٩ – إذا كانت غيبه الزوج لجهه غير معلومة ولا سبيل إلى مراسلته يجوز القاضى التطليق عليه من غير أعذار أو ضرب أجل . (١)

١٠ – لابد أن تكون الغيبه هى سبب تضرر الزوجة ، ولابد من أن تخشى على نفسها الفتنة ، ويعلم ذلك من جهتها ، وحسب الزوجة أن تذكر ذلك فى صحيفة دعواها التطليق ولا يطلب منها أقامة الدليل على الضرر أو نوعه .

١١ – التفريق للغيبة يثبت فى الغياب المعلوم حالة ، وغير المعلوم حالة ، ولو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه .

١٢ – السنة المحددة فى نص المادة ١٢ ق ٢٥ / ١٩٢٩ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما وهى السنة الشمسية عند الأختلف .

اثبات طلاق على الابراء

المدعية زوجة المدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأنجبت منه على فراش الزوجية ..... إلا أن الخلاف دب بينهما بسبب ..... وأساء إليها بأن ..... ثم تكررت أساءته بالقول ..... وبالفعل ..... وطردها من منزل الزوجية ، وحجب عنها أولادها منه ..... كما أبى أن يرد إليها منقولات الزوجية .

وحيث إنه إزاد هذا الخلف بين المدعية والمدعى عليه ، فقد عرضت عليه أن يطلقها مقابل مبلغ مقداره ..... فقبل ذلك منها واوقع عليها يمين الطلاق أمام شهود هم ..... « أو ذهب إلى المأذون لإثبـــات هذا الطلاق ثم أمتنع عن التوقيع

---

(١) س ٣٠ ط ٣٤ / ٤٨ ق ص ٦٣١ .

على أشهاد الطلاق » . وإذ ينكر المدعى عليه الطلاق الذى وقع منه أمام الشهود والذى بانت به المدعيه بينونة صغيرى فلا يحل له معاشرتها بعد ذلك » فضلا عن أنه حصل على المال موضوع الأبراء الأمر الذى اضطر المدعيه لرفع الدعوى طالبة الحكم بإثبات الطلاق الواقع من المدعى عليه على المدعية بتاريخ ..... وأعتباره طلاقا بائنا على الإبراء وأمره بعدم التعرض لها فى أمور الزوجية .

قــواعد :

١ – هذه الدعوى من اختصاص المحكمة الكلية .

٢ – النص فى المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ على وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص لم يهدف – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلى وضع قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله تعالى للزوج ، أو على جواز أثباته قضاء بكافة طرق الأثبات ، وإنما هدف إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به فلا على محكمة الموضوع إذا استمعت أثباتا للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحرره عنه .

٣ – يعتبر الطلاق بائنا متى أدعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها وذلك معاملة له باعترفه ، وهو يعامل بهذا الأعتراف فى حق نفسه ، وليس للمرأة حق متعلق فى أن الطلاق رجعى أو بائن حتى يقال أنه يتوقف على موافقتها .

٤ – المادة الخامسة من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ لم تقيد الطلاق على مال بأن يكون المال ثابتا قضاء .

دعوى تطليق للزواج بأخرى

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها « أو لم يدخل بها » وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأستمرت حياتهما فترة من الزمن تزيد على ..... غير أنها فوجئت بتاريخ ..... أن زوجها المدعى عليه تزوج عليها بأخرى تدعى ..... كما هو ثابت من وثيقة الزواج المؤرخة ..... على يد مأذون ناحية ..... المرفقة .

ولما كانت المدعية قد لحقها ضرر مادى ومعنوى من زواج المدعى عليه عليها يتعذر معه دوام العشرة بينهما ، فقد طالبته بتطليقها إلا أنه أمتنع عن ذلك بدون وجه حق ومن ثم فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بتطليقها على زوجها المدعى عليه طلقه بائنه .

قـواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – يشترط لطلب التطليق للزواج بأخرى أن تكون هناك زواج صحيح شرعى – سواء كان موثقا أم كان عرفيا .

٣ – يقع على الزوجة إثبات حصول الزواج ولا تلزم بتقديم وثيقة زواج رسمية .

٤ – أن تثبت الزوجة حصول ضرر لها سـواء كان ماديا أو أدبيا لأن الضرر ليس مفترضا ، دائما هو ضرر واجب الأثبات ويقع على الزوجة عبء أثباته .

٥ – يسقط حق الزوجة فى طلب التطليق للزواج عليها بأخرى بمضى سنه من تاريخ علمها بالزواج ، أو إذا رضيت به صراحة أو ضمنا .

٦ – يتجدد طلب التطليق الزواج بأخرى كلما تزوج الزوج على زوجته

راجع المادة ١١ مكررا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ .

طلب أنتقال الحاضنه إلى مسكن هيأه الزوج المطلق

المدعى كان زوجا للمدعى عليها بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج مدة ..... ورزق منها بصغير يدعى ..... وكانوا جميعا يقيمون بمنزل الزوجية رقم ..... حيث تقيم والدة المدعى ، وإذ شب خلاف بينه وبين المدعى عليها فقد طلقها بتاريخ ..... واستبقاها مع الصغير ..... بمنزل الزوجية حتى هيأ لها مسكن حضانه مناسب لحضانه صغيره منها .

وحيث ان المدعى هيأ ..... سكنا لحضانة الصغير بالعنوان ..... ومواصفاته ..... ودعا المدعى عليها للأنتقال هى والصغير إلى هذا المسكن وذلك بانذار على يد محضر تاريخه ..... حتى تبقى والدة المدعى فى مسكنها إلا أن المدعى عليها رفضت الأنتقال بدون وجه حق إلى حيث المسكن الذى هيأه المدعى لحضانة

صغيرة . مما أضطره لرفع الدعوى طالبا الحكم الزام المدعى عليها أولا : بالإقامة بصفتها حاضنة للصغير ..... بمسكن الحضانة المناسب والمبين بالصحيفة الذى أعده المدعى لحضانة الصغير فيه . ثانيا : بتسليم المسكن الكائن بناحيه ..... الذى تقيم فيه حاليا مع الصغير للمدعى .

قـــواعد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٢ – راجع المادة ١٨ مكررا ثالثا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ .

٣ – استمرار الحاضنه في شغل منزل الزوجية شرطه إلا يقوم الأب بتهيئة المسكن المناسب لحضانة صغيره خلال فترة العدة .

٤ –إذا كانت الحاضنة قد استقلت بمسكن الزوجية –غير المؤجر كان من حق المطلق أن يستقل به إذا هيأ للحاضنه وصغيره المسكن المستقل المناسب ولو بعد انقضاء فترة العدة .

طلب نقل الحاضنه إلى المسكن الذى هيأه المطلق ، واسترداده مسكن الزوجية لبلوغ المحضون أقصى سن الحضـــانة

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعى ، ودخل بها ، وعاشرها معـــاشرة الأزواج وأنجب منها على فــراش الزوجية بتاريخ ..... صغيرا اسماه .....

وحيث ان المدعى طلق المدعى عليها بتاريخ ..... طلقة مكملة للثلاث « أو حصلت على حكم بتطليقها عليه طلقه بائنه » وترك لها الصغير لتكمل حضانته بمسكن الزوجية وبتاريخ ..... بلغ الصغير عشر سنوات وهى أقصى سن لحضانته ، عملا بالمادة ٢٠ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ ، إلا أنها حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بابقاء الصغير فى يدها بعد تجاوزه أقصى ســـن الحضانه .

وحيث إن الحضانة التى تخول الحاضنه مع المحضون حق شغل مسكن الزوجية - دون المطلق - هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم ، فإذا أنتهت هذه المدة سقط حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية ، ويعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ، ولا يقع عليه بعد ذلك إلا التزامه بمقابل أجر مسكن حضانه مناسب من ماله أو من مال الصغير إن كان له مال .

وحيث إن المدعى هيأ مسكنا للصغير يناسبه ويناسب حاضنه « أو عرض عليها أجر مسكن حضانه مناسب » وهو كائن بناحيه .....

وحيث إن المدعى انذر المدعى عليها للأنتقال إلى المسكن المبين بالصحيفة أو قبول أجرة المسكن التى عرضها عليها لتسكن هى والصغير السكن المناسب فأمتنعت دون وجه حق وأصرت على البقاء بالصغير فى مسكن الزوجية الأمر الذى أضطره لرفع الدعوى طالب الحكم بإلزام المدعى عليها بأن تنتقل بالصغير إلى المسكن المبين بالصحيفة ، وبتسليمه مسكن الزوجية المبين بالصحيفة .....

. قــواعد :

١ - هذه القواعد من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ - راجع القواعد الواردة بالطلب السابق .

٣ - يجب بيان عنوان مسكن الزوجية وعنوان المسكن الذى هيأه المدعى لتنتقل إليه الحاضنه .

٤ - إذا كان أجر المسكن قد عرض على المدعى عليها فيجب بيانه فى الصحيفة حتى تقرر المحكمة مدى ملاءمته .

٥ - الإذن ببقاء الصغير أو الصغيرة فى يد الحاضنة بعد العاشرة أو الثانية عشر من حيث دواعيها والعائد منها - يخضع لتقدير القاضى .

٦ - إذا رخص القاضى بإبقاء الصغير أو الصغيرة فى يد الحاضنة لتشارك الأب مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاده متبرعة بخدماتها ، فلا ألزام على الأب نحوها إلا أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر مسكن من مالهم إن كان لهم مال أو من مال من تجب عليه نفقتهم .

طلب المطلق العودة إلى مسكن الزوجية
بعد حصوله على حكم بضم الصغير له

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وأنجب منها بتاريخ ..... على فراش الزوجية الصغير ... . وإذ وقع خلاف بينهما فقد أوقع عليها يمين الطلاق بتاريخ ..... وكانت هذه الطلقة مكملة للثلاث « أو حصلت المدعى عليها على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بتطليقها عليه طلقه بائنه ..... » وقد ترك لها مسكن الزوجية الكائن بناحية ..... لحضانة الصغير المذكور . « أو حصلت على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى باستقلالها – والمحضون دون المطلق – بمسكن الزوجية »

وحيث إنه بتاريخ ..... بلغ الصغير أقصى سن الحضانة وهى عشر سنوات « أو أثنى عشر سنه إن كانت صغيرة » وحصل المدعى عليه على حكم فى الدعوى رقم ..... قضى بضم الصغير إليه ليكمل رعايته وتربيته ومن ثم يحق له أن يعود إلى مسكنه سالف الذكر .

وحيث إن المدعى أعلن المدعى عليها بحكم الضم وانذرها بأحقيه فى العودة إلى مسكنه ، إلا أنها أمتنعت عن تسليمه مسكن الزوجية رغم قيام حقه فى الاحتفاظ به قانونا . الأمر الذى أضطره لرفع الدعوى طالباً الحكم بإلزام المدعى عليها بأن تسلمه المسكن المبين بالصحيفة .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – الحضانة التى تخول الحاضنه – مع المحضون – الحق فى شغل مسكن الزوجية – دون المطلق – هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم ، وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنه فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الألزامية لحضانة النساء ، فإذا أنتهت هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنه طبقا

لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من ذات القانون فإن حق الحاضنه في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه االسن كل بحسب نوعه ذكرا كان أم أنثى ، ويعود للزوج المطلق حقه في الأنتفاع بالمسكن مادام له - من قبل أن يحتفظ به قانونا - ولا يغير من ذلك ما أجازه في الفقرة الأولى من المادة ٢٠ بعد أنتهاء مدة حضانة النساء - للقاضي أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر ، والصغيرة حتى تتزوج في يد من كانت تحضنهما دون أجر حضانة ، إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك لأن هذه المدة لم ترد في النص حدا لمدة حضانة النساء ، ولا هي تعتبر امتدادا لها ، وإنما هي مدة استبقاء ، بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ، وهي بالنسبة للبنت التي لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار في شؤونها .

٣ - ليس المطلقة على مسكن الزوجية حق ذاتي ، وإنما هي تقيم فيه مع المحضون فإذا أنتهى حق هذا الأخير ، أنتهى تبعا له حق المطلقة .

طلب متعة

كانت المدعية زوجة للمدعي عليه بعقد صحيح شرعي تاريخه ..... على يد مأذون ناحية ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأستمرت الحياة الزوجية بينهما مدة ..... أنجبا فيها أولادا هم .....

وحيث إنه بعدهذه الحياة الزوجية طلق المدعى عليه . المدعية طلاقا بائنا بموجب أشهاد طلاق مؤرخ ..... وكان هذا الطلاق بدون رضا المدعية ولا بسبب من قبلها .

وحيث إن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة - عدتها متعة على زوجها ، ولما كانت حال المدعى عليه من اليسر « الدليل » وأن الطلاق وقع بدون رضا المدعية ولا بسبب من قبلها ، وكانت مدة الزوجية تزيد على ..... فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم لها بمتعة على المدعى عليه مقدارها مبلغ .....

قواعـــد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ - شرط المتعه أن تكون الزوجة مدخولا بها ، وأن يكون الطلاق قد وقع من المطلق دون رضا زوجته ولا بسبب من قبلها .

٣ – المقصود بالدخول هنا هو الدخول الحقيقى أو الحكمى .

٤ – أمر تقدير المتعة متــروك لقاضى الدعــوى بشرط إلا يقل هذا التقــدير عن نفقــة سنتين .

٥ – يجوز للمطلق أن يطلب سداد المتعة المقررة على أقساط .

٦ – راجع المادة ١٨ مكررا من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ .

طلب إرث المطلقة رجعيا

كانت المدعية زوجة لمورث المدعى عليهم المرحوم / .. .. بعقد صحيح شرعى مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج . وبتاريخ ..... طلقها طلاقا رجعيا بموجب اشهاد طلاق مؤرخ . .... على يد مأذون ناحية .....

وحيث إن الزوج المطلق المرحوم / ..... قد توفى بتاريخ ..... والمدعية مازالت فى عدته شرعا ، وقد ترك ما يورث عنه شرعا وهو عبارة عن (١) – (٢) ..... فإنها تستحق ميــــراثا عنه هو مقدار الثمن فرضــــا إذ توفى عن أبنـــه ..... أو أبنته ..... .

وحيث إن المدعى عليهم لم يسلموا المدعية نصيبها فى تركه مورثها دون وجه حق ، بل وأنكروا ميراثها فى تركته مما أضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم – بأثبات وفاة المرحوم ..... وأنحصار إرثه فى المدعية بإعتبارها زوجة وتستحق ربع تركته فرضا « إذا لم يكن له ولد » والثمن فرضا « إذا كان له ولد »

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – لا تسمع عند الأنكار دعوى الأرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

٣ – العبرة بتاريخ الوفاة ، فيجب لسماع الدعوى أن ترفع قبل سنة من تاريخ الطلاق .

٤ – لا يعتد بإنكار الورثة إذا رفعت الدعوى قبل سنة من تاريخ الطلاق .

٥ – جعل المشرع مدة السنة التالية للطلاق حداً تصدق فيه المطلقة التى توفى عنها زوجها فيما تدعيه من عدم أنقضاء عدتها .

طلب إرث المطلقه بائنا فى مرض الموت .

المدعية كانت زوجة المرحوم ..... بعقد صحيح شرعى ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج مدة ...... سنه وإذا أوقع عليها طلقة مكملة للثلاث فى ..... وتوفى بتاريخ ..... « أى قبل فوات مدة العدة »

ولما كان الطلاق المذكور قد صدر منه فى مرض موته وتوفى وهى لازالت فى عدته شرعا , وترك ما يورث عنه شرعا عبارة عن .....

وحيث إن المدعى عليهم وهم أولاد المتوفى وورثته قد أنكروا عليها حقها فى إرث مطلقها وإمتنعوا عن تسليمها ميراثها الشرعى بواقع ثمن التركة فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بثبوت وفاة المرحوم ..... بتاريخ وأنها من ورثته وتستحق الثمن فرضا فى تركته .

قواعــــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الإبتدائية .

٢ – المريض مرض الموت إذا طلق امرأته بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال فى العدة ، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته وتبين منه من حين صدوره لأنه أهل لايقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلا لارثه من وقت ابانتها إلى وقت وفاته رغم أن المطلقة بائنا لا ترث لانقطاع العصمه بمجرد الطلاق ، استنادا إلى أنه لما أبانها حال مرضه أعتبر احتياطا فارا وهاربا من إرثها فيرد عليه قصده ويثبت لها الارث .

٣ – مرضى الموت هو المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت ، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة .

٤ – ضابط شدة المرض واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت ، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبه الهلاك وأتصال الموت به

٥ – المريض رضى الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقته فى العدة يعتبر متى توافرت الشروط – بطلاقه فارا من الميراث . وتقوم المظنه على أنه طلقها طلاقا بائنا فى مرض الموت

قاصدا حرمانها من حقها الذى تعلق بماله منذ حلول المرض به . بمعنى أن الطلاق البائن ينبيء بذاته من غير دليل آخر على هذا القصد ، فرد المشرع عليه قصده وذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض واستكناه ما يضمره .

٦ - ذكر المال شرط لصحة دعوى الوراثه ، إلا أنه يحق لمدعيها أثبات الوراثة أولا ثم أثبات المال .

٧ - الأدعاء بعدم وجود تركه للمتوفي لا يصلح دفعا لدعوى الوفاة والوراثة .

دعوى باسترجاع حصة ميراث إلى التركة

المدعى عليها كانت زوجة لمورث المدعية المرحوم ..... بموجب عقد زواج صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون نـاحية ..... وبعد أن أستمـرت الحياة الزوجيـة بينهما طلقها بتاريخ ..... بموجب أشهاد طلاق برقم ..... على يد مأذون .....

ولما كانت المدعى عليها قد ظهرت عند تحقيق وفاة ووراثه المتوفى على أنها مازالت فى عدته وصدر إعلام الوراثه رقم وراثات - على هذا الأساس وحصلت بناء على ذلك على نصيب فى التركة يعادل ربعها ، وقد صادفها المدعون على ذلك على أساس أن المتوفى مات وهى فى عدته .

ولما كان المدعون قد حصلوا على أشهاد طلاق المدعى عليها وتبين لهم أنه ثابت به أن المورث طلقها على مال ومن ثم بانت منه ولا ترث فى تركته شرعا .

ولما كان تصديق ورثه المتوفى على الزوجية ودفع الميراث للمرأة لا يمنع من سماع دعوى الورثه استرجاع الميراث منها بحكم الطلاق المانع منه لقيام العذر بهم حيث استصحبوا الحال فى الزوجية وخفيت عليهم البينونة - فقد أقاموا الدعوى بطلب الحكم أولاً ببطلان إعلام الوراثة رقم——— فيما تضمنه من أن المدعى عليها زوجة للمتوفى ——— وتستحق فى تركته الربع فرضا ثانيا : بالزامها برد ما حصلت عليه من تركة المرحوم ——— ومقداره ——— بموجب إعلام الوراثه سالف الذكر .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

طلب الحكم بصحة الرجعة
وبإثبات الميراث

كان المدعي زوجة للمرحومة / ..... مورثة المدعى عليه بموجب عقد زواج صحيح شرعى مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... وقد أستمرت الزوجية قائمة بينهما حتى تاريخ ..... حيث أوقع المدعى يمين الطلاق على زوجته – مورثة المدعى عليه – وكان هذا الطلاق رجعيا يحق للمطلق مراجعة مطلقته فيه مادامت فى عدته ، سواء رضيت بذلك أم لم ترض .

ولما كان المدعى قد راجع مطلقته وهى فى عدتها منه وذلك بتاريخ ..... أمام شاهدين هما ..... ، ومن ثم فقد استدام النكاح للمدعى باعتبار أن الرجعة هى أمتداد للزوجية القائمة .

ولما كانت مورثة المدعى عليه قد توفيت بتاريخ ..... وهى زوجة للمدعى ومازالت فى عصمته ، وأن المدعى عليه ينكر ذلك وينكر حق المدعى فى إرثه لزوجته المتوفاه الأمر الذى اضطر المدعى لرفع الدعوى طالبا الحكم أولا بثبوت صحة مراجعة المدعى لزوجته المرحومة فلانة قبل وفاتها . ثانيا بوفاة المرحومة فلانة بتاريخ ..... وأن المدعى من ورثتها باعتباره زوجا لها ويستحق فى تركتها الربع « إذا كان لها ولد أو النصف إذا لم يكن لها ولد » فرضا وأمر المدعى عليه بعدم التعرض له فى ذلك .

قواعـــد :

١ – الرجعة عنـد الأحناف فى استدامة النكـاح بعد أن كان الطلاق قد حـــدده بانتهاء العدة .

٢ – الرجعه ليست أنشاء لعقد زواج جديد بل هى أمتداد للزوجة القائمة . وتكون بالقول أو بالفعل .

٣ – لا يشترط فى صحة الرجعة الأشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها .

٤ – إذا أختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت فى العدة ، وأنكرت الزوجة ذلك لأنها وقعت بعد أنقضاء العدة فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى فيه أنقضاء عدتها يحتمل ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها .

٥ – أقل مدة العدة بالحيض فى الراجح من مذهب أبى حنيفة ستون يوماً على رأى الأمام أبى حنيفة إذ يقرر بأن الحيضات الثلاث يتخللها طهران بالضرورة وأن أقصى مدة للحيض هى عشرة أيام للاضباط وأن أقل مدة للطهر هى خمسة عشر يوما ولا حد لأكثره وتنتهى العدة بانقطاع الدم عن الحيضه والثالثة وأن أقل مدة تصدق فيها المرأة أنها أنقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هى ستون يوماً من تاريخ الفرقة إذا أدعت المعتدة بالحيض أنتهاء عدتها برؤية الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق . فإن كان قد مضى ستون يوما فاكثر من تاريخ الطلاق الرجعى صدقت فى قولها هذا بيمينها ، وتكون العدة منتهية . وإن كانت المدة من تاريخ الطلاق أقل من ستين يوما فلا تصدق فى أدعائها ، لأن المدة لا تحتمل انقضاء العدة .

٦ – أمر الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهة المرأة فيكون القول قولها فيه بيمينها .

٧ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

طلب تحقيق وفاة ووراثه « جزئى »

توفى المرحوم ..... بتاريخ ..... بناحية ..... وترك زوجة هى ..... وأبناءه البلغ ..... ، ..... ، ..... والقصر .....

وإذ خلف المورث ما يورث عنه شرعا وهو عباره ..... فقد تقدم الطالب بطلبه للحصول على قرار بثبوت وفاه المرحوم ..... بتاريخ ..... وأنحصار ارثه الشرعى فى زوجته « فلانه » ولها ثمن تركته فرضاء فى أولاده فلان وفلان وفلان ويستحقون باقى التركه تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين من غير وارث ولا شريك غيرهم ولا تستحق بالوصية الواجبه .

قواعـــد :

١ – قواعد تحقيق الوفاة والوراثه لم يشترط لقبول الطلب وصحة الإعلام الشرعى الذى يضبط نتيجة له أن يحصل الطـــالب على حكم مثبت لسبب الأرث المدعى به ، بل أجـــازت لكل مـــدع للـــوراثه أن يتقدم بطلبه إلى المحكمة فإذا أثير نـــزاع أمامها حول هذا السبب ، وتبين القاضى جـــديته رفض أصدار الأشهاد ، وتعين على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى .

٢ – إذا لم يثر نزاع أمام قاضى – تحقيق الوفاة والوراثة – حول صفه أحد الورثه أو نصيبه تعين على القاضى أصدار الإعلام الشرعى . أما إذا ثار نزاع حول أحد الورثه الوارده فى الطلب تعين على القاضى رفض الطلب والوقف عند الرفض . ويتعين على طالب تحقيق الوفاة والوراثه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائيه المختصة لاستصدار حكم بالوفاة والوراثة وتحديد ميراث كل وارث ، ويكفى فى الدعوى بيان ما خلفه المتوفى من مال ، لأن ذكر المال وأن كان شرطا لصحة دعوى الوفاة والوراثة إلا أنه يحق لمدعى الوفاة والوراثة أثبات الوراثة أولا ثم أثبات المال بعد ذلك .

٣ – هذه الطلب من أختصاص القاضى الجزئى .

طلب أبطال أعلام شرعى

توفى المرحوم ..... بتاريخ ..... بجهه ..... دون أن ينجب أولادا ، وأن المدعى والمدعى عليه الثانى شقيقاه ويستحقان جميع تركته باعتبارهما – وحدهما – وارثاه . وإذ استصدر المدعى عليه الأول أعلاماً شرعيا برقم ..... من محكمة ..... فى مادة الوراثة ..... بانحصار إرث المتوفى فيه وحده وبدون وارث سواه ، بدعوى أنه إبن المتوفى من النسب ، فى حين أن المتوفى قبل وفاته قد أنكر نسب المدعى عليه له « الدليل » ، ومات مصراً على ذلك ، ومن ثم لا يرث المتوفى ولا يستحق شيئاً من تركته ، وهى عبارة عن .....

ولما كان المدعى عليه الأول قد أنكر – بدون وجه حق – وراثة المدعى والمدعى عليه الثانى لشقيقهما المرحوم ..... وتعرض لهما بالإعلام الشرعى سالف الذكر ، فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم أولا : بإثبات وفاة المرحوم ..... بتاريخ ..... بجهه ..... وأنحصار ارثه الشرعى فى شقيقيه .... ولهما مناصفه كل تركته تعصيبيا من غير وارث ولا شريك لهما فى تركته ، ولا مستحق بالوصية

الواجبـــة . ثانيا بإبطـــال الإعلام الشرعي الصـــادر في المـــادة ..... وراثات ..... واعتبـــاره كأن لم يكن مع أمـــر المدعى عليه الأول بعدم التعرض لهما بذلك الإعلام .

قواعـــد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ - دعوى الوفاة والوراثة يلزم فيها ذكر المال لصحتها ، وليس بلازم أن تقام فيها البينة على المال عند انكاره ، وأنما يتعين أن يقيم المدعي البينه أولا على الموت ، والنسب حتى يصير خصما ، ثم يقيم البينة بعد ذلك على المال ، لأن دعوى المال دعوى على حدة .

٣ - دعوى أثبات الوفاة والوراثة - تضمن صحيفتها بيان أعيان التركة يكفي لسماعها ولا يحول دون ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على هذه الأعيان .

٤ - سبق تحقيق الوفاة والوراثة ليس فصلا في خصومة الوفاة والوراثة والتركة .

٥ - أنكار الوراثه الثابته بالإعلام الشرعي يستدعي استصدار حكم شرعي لاثباتها .

٦ - يجب أن يكون الحكم الصادر بإثبات الوراثه وبطلان الإعلام الشرعي صادرا من وارث حقيقي ضد آخر يدعي الوراثه .

٧ - دائن الميت خصم في أثبات الوفاة والوراثة توصلا لإثبات حقه .

٨ - الوارث الذي يجوز له أن يباشر السير في الدعوى هو الوارث الذي يقوم مقام مورثه في الحق أو الشيء الذي كان موضع الخصومة ، أما إذا كان لم يخلفه في ذلك فلا يجوز له أن يباشر الدعوى لأنه حينئذ لا يمثله فيما كان خصما فيه .

٩ - بيت المال لا يعتبر وارثا ، فلا يصلح خصما في دعوى الوفاة والوراثة .

طلب جهاز الزوجة

تزوج المدعي عليه بالمدعية بعقد صحيح شرعي تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأستمرت الحياة الزوجية بينهما إلى أن طلقها بتاريخ ..... مما أضطرها لترك منزل الزوجية ، ولم تتمكن من الحصول على منقولاتها التي جاءت بها إلى منزل الزوجية .

ولما كانت المدعية قد أنتقلت إلى منزل الزوجية ومعها جهازها المبين بقائمة المنقولات المرفقة ، وتفصله كالآتي :

بيان المنقولات — القيمة

وإذ خرجت المدعية من منزل الزوجية عقب الطلاق مباشرة ، ولم يسلمها المدعى عليه منقولاتها سالفة الذكر ، فقد طالبته رضاء إعادة منقولاتها إليها فامتنع بدون مبرر شرعي . وأنذرته بذلك على يد محضر بالأنذار المرفق صورته ، ولكن دون جدوى مما أضطرها لرفع الدعوى طالبة الحكم بالزام المدعى عليه بأن يسلمها أعيان منقولاتها المبينة وصفا وقيمة بقائمة الجهاز وصحيفة الدعوى أن كانت قائمة ، أو قيمتها ومقدارها ..... إن كانت هالكة أو مستهلكة .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص القاضى الجزئى .

٢ – جهاز الزوجة أمانة فى يد زوجها ، ولا يضمنه الزوج إلا بالتعدى ، بأن يفعل به ما لا ترضى به الزوجة ، ومن التعدى الأمتناع عن تسليمه بدون وجه حق .

٣ – إذا طولب الزوج برد الجهاز لزوجته وأمتنع من التسليم أنقلبت يده من يد أمين إلى يد غاصب .

٤ – إذا تلف متاع الزوجة بإستعمال زوجها – مع أذنها له بذلك – فلا يكون المتاع مضمونا على الزوج .

٥ – ما يستهلك من جهاز الزوجة مضمون على الزوج متى وجد سبب الضمان ، ومن أسباب الضمان تحرير قائمة بالجهاز .

٦ – دعوى الجهاز ليست من مستثنات المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية – فلا تحتاج إلى مشوغ لسماعها لأنها قد ترتفع على غير الزوج ، فالزوجية ليست شرطا ولا سببا للجهاز المدعى .

٧ – دعوى رد الجهاز أو دفع ثمنه دعوى مدنيه بحته ، ليس فيها ما يصح أن يدخل فى أختصاص القضاء الشرعى ، أو ما يصح أن ينطبق عليه أحكام الشريعة ، فلا تتقيد المحاكم المدنية فى مثل هذه الدعاوى بالأحكام الشرعية المتبعة أمام القضاء الشرعى فى تعيين طرق الأثبات ، وفى تحميل عبئه وفى إجراءات التحقيق ، بل ذلك كله يكون على وفق قواعد القانون المدنى وقانون المرافعات المدنيه والتجارية .

٨ – نهائيه الحكم فى دعوى الجهاز أو عدم نهائيته يحكمها المادتان ٥ ، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

دعوى نسب .

تزوج المدعى عليه بالمدعيه بعقد صحيح شرعى - غير موثق - ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج فى منزل الزوجية ، ورزقت منه بتاريخ ..... بولدهما « فلان » إلا أنه عمد إلى إنكار نسبه إليه ، وأبى المصادقه على أبوته له ، ومن ثم فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بثبوت نسب الصغير « ..... » من المدعى عليه وأنه والده شرعا ، وأمره بعدم التعرض له فى ذلك .

القواعد :

١ - دعاوى النسب لازالت باقية على حكمها المقرر فى المذهب الحنفى فلا يشترط لسماع الدعوى بإثبات النسب وصحتها . أن يكون هذا الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وإنما بصدق عليه هذا الوصف ، ويصح سببا لإثبات النسب بإعتباره كذلك متى حضره شهود وأستوفى أركانه وسائر شروط صحته سواء وثق رسميا أو أوثبت بمحرر عرفى ، أو كان بعقد غير مكتوب .

٢ - النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش الصحيح وبالبينة وبالإقرار وأنه متى ثبت النسب فإنه لا يحتمل النفى ، ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذباً .

٣ - فساد النكاح لا يمنع ثبوت النسب ، لأن الفساد ينفى حل الوطء لا ثبوت النسب .

٤ - النسب يحتاط فى إثباته إحياء للولد ، ولذلك أعطى فقهاء الأحناف الزواج الفاسد حكم الزواج الصحيح فى حق النسب ولم يشترطوا سوى دخول الرجل بالمرأة دخولا حقيقيا - فإذا لم يدخل بها دخولا حقيقيا ثم أتت بولد لا يثبت نسبه منه - أى يتحقق الأتصال الجنسى بالمرأة ، وأن يتصور الحمل من الرجل ، وأن تأتى المرأة بالولد بعد مضى أقل مدة الحمل وهى ستة أشهر أو أكثر من حين الدخول الحقيقى .

٥ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

دعوى ثبوت نسب من أب تزوج
اختين إحداهما على الآخرى

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد زواج مؤرخ ..... على يد مأذون ناحية ..... بعد أن قرر أمام المأذون أنه طلق أختها وأنقضت عدتها منه . وقد أستمرت الحياه الزوجية بينهما قائمة حتى أنجبت منه الصغير ..... .

وحيث ثبت للمدعيـــه أن المدعى عليه لم يطلق شقيقتها وأن الحيـــاة الزوجيـــة مازالت قائمة بينهمـــا ولما واجهته بذلك أوقـــع عليها يمين الطلاق وأنكر نسب أبنه – على سند من أن الجمع بين الأختين يترتب عليه بطـــلان النكاح ولا يثبت به النسب .

ولما كان المدعى عليه بإنكاره نسب أبنه منها يقوم على غير سند من الشرع الأسلامى لأن الجمع بين الأختين لا يرتب بطلان الزواج الأخير بل فساده ، ويثبت به النسب فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بإثبات نسب الصغير ..... لأبيه المدعى عليه وأمره بعدم التعرض له فى ذلك .

قواعـــد :

١ – من شروط الزواج محليه المرأة ، وألا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين الأختين .

٢ – المحققون من الأحناف على أنه إذا تزوج الرجل أحد الأختين بعد الأخرى جاز الزواج الأول وفسد زواج الثانية ، وعليه أن يفارقها أو يفرق القاضى بينهما . فإن فارقها قبل الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة مصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان . وإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنقض عدة أختها .

٣ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

طلب الحكم بموت مفقود

المدعية زوجة « لفلان » بعقد صحيح شرعي مؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج . وبتاريخ ..... خرج لقضاء مصالحه بجهة ..... ولم يعد ..... « أو سافر إلى جهة ..... ولم يعد ..... » حتى الآن وقد مضى على غيابه أكثر من أربع سنوات ومن ثم يغلب عليه الهلاك .

ولما كانت المدعية قد بحثت عن زوجها ..... خلال مدة الأربع سنوات الماضية فلم تهتد إليه أو إلى مكانه ، وكان المدعى عليه وكيلا عنه بموجب التوكيل رقم ..... الذى صدر من الزوج قبل فقده ، فقد أقامت الدعوى عليه طالبة الحكم بموت زوجها فلان لفقده أكثر من أربع سنوات .

قواعـــد :

١ – الدعوى بمـــوت المفقود تـــرفع من كل صاحب شـــأن كالوارث والـــزوج والخلف الخاص .

٢ – ترفع الدعوى بموت المفقود على وكيله قبل فقده وعلى خلفه العام أو على أحدهما عند عدم وجود الآخر .

٣ – هذه الدعوى ترفع أمام المحكمة الكلية .

٤ – لا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ حكم القاضى بموته .

٥ – من فى يده مال المفقود ينتصب خصما فى الخصومة .

٦ – المفقودون من أفـــراد القوات المسلحة يصدر قـــرار من وزير الحربيـــة باعتبارهم موتى .

٧ – المفقود الذى فقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما فتقرير المدة فيه موكول إلى القاضى بعد التحرى عنه .

الفصل الثانى

صيغ الدعاوى الخاصة
بالأحوال الشخصية
لغير المسلمين

تعويض عن العدول عن الخطبه

تقدم المدعى عليه لخطبة المدعية بقصد إتمام الزواج فى المستقبل وقد قبلت المدعية هذه الخطبة بقبول صدر منها وموافقة وليها ، وتوثقت هذه الخطبة طبقا لشـــريعة الأقباط الارثوذكس التى يدين بها الطرفان أمام كاهن كنيسة ..... الذى أعد ملخصـــا لعقد الخطبة وحدد فيه تاريخ الـــزواج وعلق الملخص على باب الكنيسة .

وحيث ان المدعى عليه عدل عن الخطبة بغير مقتضى ، فأضر بذلك المدعية ضرراً ماديا عبارة عن ..... وضرراً أدبياً يتمثل فى إحجام الخطاب عنها ، وكان ذلك بخطء من جانبه ومن ثم تستحق قبله تعويضا تقدره بمبلغ ..... عن هذا الضرر يحق لها المطالبة به أمام القضاء مما أضطرها لرفعت الدعوى طالبة الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى لها مبلغ ..... تعويضا عما أصابها من ضرر نتيجة عدوله عن خطبته لها والتى تمت بينهمـــا فى ..... وتوثقت على يد كاهن كنيسة كذا .

قواعـــد :

١ – الخطبة وعد متبادل – أو هى أرتباط بين رجل وامرأة بقصد إتمام الزواج فى المستقبل . ولابد أن يكون تكون الخطبة من إيجاب وقبول من الطرفين على وجه قاطع .

٢ – تثبت الخطبة فى وثيقة يحررها كاهن مرخص له بمباشرة عقد الزواج .

٣ – تفسخ الخطبة إذا وجد سبب من الأسباب المانعة من الزواج أو إذا أعتنق أحد الخاطبين الرهبنة .

٤ – أجازت شريعة الأقباط الأرثوذكس العدول عن الخطبة ، بشرط وجود مقتضى لهذا العدول .

٥ – رغم وجود المقتضى للعدول عن الخطبة إلا أن شريعة الأقباط الأرثوذكس أجازت للطرف الآخر طلب التعويض عن العدول ، ولو تمت الخطبة فى الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشريعة الطرفين .

٦ – الشكل الذي يتم فيه عقد الخطبة لا يجعل منها عقدا ملزما ، بل تظل الخطبة عدا غير لازم .

٧ – العدول عن الخطبة يرد الطرفين إلى وضعهما السابق ، ويؤدى الطرف الآخر ما قبضه من مهر أو هدايا .

٨ – العدول عن الخطبة في حد ذاته يرتب تعويضا عن الأضرار الناشئة عن أفعال مستقلة عن مجرد العدول ذاته لأن التعويض في حالة العدول لا يقوم على أساس العقد ، وإنما يجب توافر شروط المسئولية التقصيرية . بأن يكون العدول قد لازمته أفعال خاطئه في ذاتها ومستقلة عنه أستقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج عن العدول ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر .

٩ – الأختصاص هنا يحدده مبلغ التعويض المطلوب .

طلب ورثة الخاطب استرداد المهر لوفاته قبل أتمام الزواج .

المدعى عليها كانت مخطوبة للمرحوم / ..... مورث المدعين . وثبتت خطبتهما فى وثيقة حررها كاهن كنيسة ..... بتاريخ ..... ووقعها كل من الخاطب والمخطوبة والكاهن الذى حصلت بين يديه الخطبة .

وحيث ان مورث المدعين توفى فى فترة خطبته للمدعى عليها ، وقبل أتمام مراسم الزواج بها ، وكان قد أدى لها مهرا مقدار .....

ولما كان من المقرر فى شريعة الأقباط الأرثوذكس التى يدين بها طرفا الخطبة أنه يجوز لورثه الخاطب إذا توفى قبل الزواج أن يستردوا المهر أو ما أشترى به من جهاز فقد طالب المدعون المدعى عليها رضاء أن ترد لهم المهر كاملا ومقداره مبلغ ..... أو ما أشترى به من جهاز وهو عبارة ..... فأمتنعت بدون وجه حق مما أضطرها لرفع الدعوى بطلب الحكم بإلزام المدعى عليها بأن ترد للمدعين مبلغ ..... قيمة المهر الذى أداه لها مورثهم المرحوم ..... أو ما أشترى به من جهاز مبين بالصحيفة .

قواعـــد :

١ – هذه الدعـــوى يتحدد الأختصـــاص بنظرهـــا طبقا لمقـــدار المبلغ المطـــالب به « مادامتا ٥ ، ٦ لائحة » .

٢ – إذا توفيت المخطـــوبة قبل الزواج فللخـــاطب أن يسترد المهر أو ما أشتـــرى به من جهاز .

٣ – الهدايا لا ترد إذا توفى الخاطب أو المخطوبة قبل أتمام الزواج .

٤ – إذا لم يكن هناك مهر تم الأتفاق عليه بين الخاطب والمخطوبة ، وإنما قدمت هدية لتقوم مقام المهر ، فيكون حكمها حكم المهر .

٥ – يشترط لأن نأخذ الهدية حكم المهر أن تكون قد قدمت لتقوم مقامه .

بطلان عقد زواج لم تراع فيه الطقوس الدينية

المدعى عليهما قبطيان أرثوذكسيان اتفقا على الزواج طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ، ويتعاشران معاشرة الأزواج منذ .....

ولما كان المدعى عليهما قد أرتبطا أرتباطا سريا غير علنى ، ولم يتبعا طقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية فإن عقد زواجهما يقع باطلا طبقا للقواعد الخاصة بهذه الكنيسة ويكون من حق المدعى طلب الحكم ببطلان عقد زواجهما الأمر الذى أضطره لرفع الدعوى طالبا الحكم ببطلان عقد الزواج الذى أرتبط المدعى عليهما – على الزواج – سرا وبدون علانيه .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – الزواج عند الأقباط الأرثوذكس سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة أرتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين أسرة جديدة والتعاون على شئون الحياة .

٣ – مخالفة العلانية فى الزواج يعرض الزواج للبطلان ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولى القاصر منهما ، وللزوجين ولكل ذى شأن حق الطعن على الزواج بالبطلان .

٤ – الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس نظام ديني لا يكفي لانعقاده توافر الشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وأنتفاء الموانع ، وإنما يلزم أن يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينيه المرسومة وبعد صلاة الأكليل اعتبارا بأن الصلاة هي التي تحل النساء للرجال والرجال للنساء وإلا كان الزواج باطلا .

بطلان عقد الزواج للغش فى شخص الزوجة

تزوج المدعى عن تدعى ..... بموجب عقد زواج مؤرخ ..... طبقا لشريعه الأقباط الأرثوذكس ، وقد سبق أن خطبها وثبتت خطبته لها في وثيقة حررها الكاهن ..... وقد تردد عليها في بيت والدها وتوطدت معرفته بها .

وحيث انه فى ..... أثناء اتمام مراسم الزفاف فوجىء المدعى بامرأة أخرى غير الزوجة التى خطبها وعقد عليها ، ولما استفسر عن ذلك تبين له أنها شقيقه كبرى لزوجته ، وأن زوجته تسمت باسمها فى وثيقة الخطبة وعقد الزواج ومن ثم فقد أوقعت المدعى عليها وأسرتها المغش على المدعى ، لما كان ذلك وكان وقوع غش فى شخص أحد الزوجين يجيز للزوج الذى وقع فى الغش أن يطلب بطلان عقد الزواج – فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم ببطلان عقد زواجه المؤرخ ..... الوارد به أسم الزوجة بإسم ..... لوقوع غش فى أسمها .

قواعــــد :

١ – يتعين أن يكون رافع الدعوى هو الزوج الذى وقع عليه الغش .

٢ – لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا قدمت الدعوى فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته ، أو من وقت أن علم بالغش . ويشرط إلا يكون قد حصل أختلاط زوجى من ذلك الوقت .

٣ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

بطلان عقد زواج للغش فى البكارة

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد زواج مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس على أنها بكر ، وقد تمت مراسم الزواج وزفت إليه إلى منزل الزوجية غير أنه ظهر للمدعى أن المدعى عليها أدخلت عليه الغش ، فقد تبين له عند دخوله بها أن بكارتها قد أزيلت قبل العقد عليها نتيجة ســوء سلوكها مع آخر قبل الزواج .

وحيث ان المدعى واجه المدعى عليها بأنها أدخلت عليه الغش فى شأن بكارتها فأعترفت له بأنها كانت على علاقة غير مشروعة بشخص غيره قبل الزواج ، وأن بكارتها قد أزيلت بمعرفة هذا الشخص نتيجة علاقة غير مشروعة معه ، ووقعت إقرارا بذلك – مرفق صورته .

وحيث ان ما وقع من المدعى عليها بعيب رضا المدعى ويبطل عقد زواجه بها ، إذ لا زواج إلا برضا الزوجين ، ومن ثم فقد أقام المدعى الدعوى طالباً الحكم ببطلان عقد زواجه من المدعى عليها والمؤرخ ..... وأمرها بعدم التعرض له به فى أمور الزوجية .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – النص فى قواعد الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس على أنه إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن أدعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكهامفاده أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز إبطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفه جوهرية يعيب الأرادة ، وهو يتوافر بمجرد أدعاء الزوجة أنها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد أنها لم تكن بكراً ، ولم يكن الزوج يعلم ذلك من قبل .

٣ – يتعين على الزوج أن يثبت أن بكارة زوجته قد أزيلت نتيجة سوء سلوكها . والمحكمة تقدر الأقرار المقدم من المدعى منسوبا للمدعى عليها .

٤ – لا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش .

٥ – لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا قدمت الصحيفة فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته أو من وقت أن علم بالغش ، ويشرط إلا يكون قد حصل أختلاط زوجى من ذلك الوقت .

بطلان عقد الزواج للعجز الجنسي

تزوج المدعي عليه بالمدعية طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس التي يدينان بها وذلك بعقد زواج صحيح تاريخه ..... أمام كنيسة ..... وطبقا لطقوسها . وقد دخل المدعي عليه بالمدعية بتاريخ ..... وأستمرت معه في منزل الزوجية حتى تاريخ ..... أي مدة ..... سنه مكنته فيها من نفسها عدة مرات ، فلم يتمكن من مباشرتها لعدم قدرته الجنسية . وقد طالبته بعرض نفسه على الأطباء فأمتنع بدون وجه حق - أو عرضته على الأطباء المتخصصين الذين قاموا بعلاجه مدة ..... طبقا للشهادات المرفقة وأنتهت مجهوداتهم معه إلى أن حالته غير قابلة للشفاء .

ولما كان العجز الجنسي الذي بالمدعي عليه سابق على زواجه بالمدعيه وهو مانع طبيعي يمنعه من الأتصال الجنسي ، ولا يرجى شفاؤه . وكانت المادة ٢٧ من مجموعة الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس تقضي بأنه لا يجوز الزواج إذا كان لدى أحد طالبي الزواج مانع طبيعي أو عرضي لا يرجى زواله يمنعه من الأتصال الجنسي ، ونصت المادة ٤١ منها على أن كل عقد يقع بالمخالفة لأحكام المادة ٢٧ سالفة الذكر يعتبر باطلا . وإذ كان العجز الجنسي الذي بالمدعي عليه لا يرجى زواله فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم ببطلان عقد زواج المدعي عليه بالمدعية المؤرخ ..... وأمره بعدم التعرض لها في أمور الزوجية .

قواعـــد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ - العجز الجنسي قد يكون بالرجل وقد يكون بالمرأة ، وفي كلا الحالين يجوز للطرف الآخر طلب بطلان عقد الزواج .

٣ - العجز الجنسي قد يكون لمانع طبيعي أو عرض لا يرجى زواله ويمنع من الأتصال الجنسي كالعنه والجنون والجب والخصاء .

٤ - يشترط في العجز الجنسي اللازم للحكم بالبطلان ١ - أن يكون قائما وقت انعقاد

العقد - ٢ - أن يكون دائما أو مؤبدا - ٣ - أن يكون بدرجة يتحقق معها الأضرار بالطرف الآخر ضررا جسيماً .

٥ - تحديد ما إذا كان المانع لا يرجى شفاؤه يرجع فيه لأهل الخبره .

٦ - الجنون والمرض القتال إذا كان قائما وقت العقد يعتبر من موانع الزواج ويترتب عليه البطلان .

تطليق للعنة الطارئة بعد الزواج

المدعية زوجة للمدعى عليع بعقد صحيح مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وأستمرت الحياة بينهما مدة .....

وحيث إنه بتاريخ ..... أصيب المدعى عليه بمرض العنة ، وكانت أصابته طارئه بعد الزواج ، وقد مكنته المدعية من نفسها أكثر من مرة فلم يتمكن من مباشرتها مما أضطرها لعرضه على الأطباء المتخصصين فى علاج هذا النوع من الأمراض ، إلا أن حالته أستمرت مدة تزيد على ثلاث سنوات ، وقطع المتخصصون بعدم قابلية المدعى عليه للشفاء من عنته طبقا للشهادات المرفقة . الأمر الذى أدى إلى أنقطاع المباشرة الزوجية ، والمدعية تتضرر من ذلك ، وهى فى سن تخشى فيها على نفسها الفتنة .

ولما كانت المادة ٥٤ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنه ١٩٣٨ فى فقرتها الثانية تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لأصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على أصابته به ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة - فقد أقامت الدعوى طالبة الحكم بتطليقها من المدعى عليه للعنة .

قواعـــد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ - يلزم أن يكون العجز الجنسى دائما ومؤبدا -أى غير قابل للشفاء ولا يرجى زواله .

٣ - يجب أن تكون العنه طارئه بعد الزواج .

٤ - يتعين مرور ثلاث سنـــوات على الأصابة بالعنه.. ويثبت بعـــدها أن العنه غير قابلة للشفاء .

بطلان الزواج بسبب القرابة

تزوج المدعى عليهما طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس التى يدينان بها وذلك بعقد مؤرخ ..... أمام كنيسة .....

ولما كان المدعى عليهما تربطهما صلة قرابة هى « - » وهذه الصلة مانعة من الزواج طبقا لشريعتهما ، ومن ثم يكون زواجهما باطلا لوجود هذا المانع . الأمر الذى أضطر الطالب إلى رفع الدعوى طالبا الحكم ببطلان عقد زواج المدعى عليهما الحاصل بتاريخ ..... أمام كنيسة ..... لوجود مانع من الزواج هو صلة القرابة بينهما .

قواعـــد :

١ - القرابة مانع من موانع الزواج إذا بلغت درجة معينه .

٢ - حدث المادتان ٢١ ، ٢٢ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادر سنه ١٩٣٨ درجات القرابة المانعة من الزواج . ونصت المادة ٤١ منها على بطلان كل عقد يقع مخالفا لأحكام هاتين المادتين .

٣ - يجوز الزوجين طلب بطلان العقد ويجوز لكل ذى شأن حق الطعن عليه .

٤ - التبنى مانع من موانع الزواج ويؤدى إلى بطلان عقد الزواج ويسرى هذا الحكم بالنسبة لفروع كل من المتبنى والمتبنى .

٥ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

دعوى تطليق بسبب رهبنة الزوجة

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ودخل بها بتاريخ ..... وأستمرت الحياة بينهما هادئة حتى ..... حيث فوجىء المدعى بأن المدعى عليها دخلت فى الرهبنة فتجردت عن الحياة الدنيا وماديانها لكى تقضى حياتها داخل الدير طلبا للعبادة والتفرغ بها .

وحيث إن المدعى يتضرر من ترهبن زوجته المدعى عليها وقد ظهر ذلك على حياتها مما أثر على حياته الزوجيه ، وعلى أعماله داخل منزل الزوجية وخارجه . وكانت شريعة الطرفين تجيز الطلاق إذا ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر، فقد أقام الدعوى طالبا الحكم بتطليقه من المدعى عليها لرهبنتها.

قواعـــد :

١ – يجوز طلب التطليق إذا ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر .

٢ – يلزم أن يتم الترهبن طبقا للأوضاع الدينيه المتطلبة فى شريعة الطرفين ، وأن تقبل الجهة الدينية الشخص ضمن طائفة الرهبان .

٣ – على المحكمة أن تتحقق من ترهبن الشخص طبقا للأوضاع الدينية .

٤ – لم يشترط نص المادة ٥٨ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنه ١٩٣٨ أن يثبت الزوج طالب التطليق أن ضرراً أصابه من جراء ترهبن الطرف الآخر ، وأنما يكفى رفع الدعوى بطلب التطليق ، وأبداء الرغبة فيه ، وثبوت الترهبن .

٥ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

تطليق لسوء السلوك

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ، ودخل بها وأستمرت الحياة الزوجية بينهما هادئة مدة ..... إلى أن فوجىء بأن المدعى عليها تحرض الغير على أرتكاب الدعارة ، وتدير مسكنا خاصا لذلك بجهة ..... وذلك دون علم المدعى وقد ضبطت فى هذا المسكن وحرر عن ذلك محضرا برقم ..... ووجهت لها النيابة العامة تهمة ..... وقضى فيها فى الدعوى رقم .....

ولما كانت الأفعال التى أرتكبتها المدعى عليها فيها إخلال بواجب الأخلاص نحو زوجها واساءة إلى الحياة الزوجية وإلى أولاده منها ..... وفضلا عن ذلك فإن هذه الأفعال تحمل على الأعتقاد وبإرتكابها جريمة الزنا ، لأن من يرغب فى أرتكاب الفحشاء إذا لم تجد نسوة لذلك فلا يستبعد أن تقدم نفسها لهذا الغرض المنافى للأخـلاق والآداب وأوامر الدين ، وبذلك فسدت أخلاقها وأنغمست فى حمأه الرذيلة .

ولما كانت المادة ٥٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنه ١٩٣٨ تنص على أنه « إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وأنغمس في حمأه الرذيلة ولم يجد توبيخ الرئيس الديني ونصائحه فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق » فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم بتطليقه من المدعى عليها لسوء السلوك .

قواعـــد :

١ – الأختصاص ينعقد المحكمة الكلية .

٢ – يجوز لكل الزوجين أن يرفع الدعوى طالبا التطليق على الزوج الآخر إذا ظهر أنه أنغمس في حمأه الرذيلة .

٣ – يتعين أن يكون الزوج قد أعتاد على الأفعال التي تسيء إلى السلوك .

٤ – مجرد الشك في سلوك الزوجة لصلتها بأحد الأشخاص أو إقامتها بمنزل أحد الناس لا يكفي لفساد الزوجة ، بل يتعين أن يقيم المدعى الدليل على سوء سلوك الزوج الآخر وفساد أخلاقه وأنغماسه في حمأه الرذيلة .

٥ – التوبيخ الديني ليس شرطا أمام القضاء لطلب التطليق ، وأنما يكفي أن يثبت أمام القاضي سوء السلوك وفساد الأخلاق أو الأنغماس في حمأة الرذيلة .

اثبات طلاق

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح شرعي مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس التي كان ينتميان إليها وقف الزواج وأستمرت العلاقة الزوجية بينهما حتى ..... إلا أنه بتاريخ ..... أنضم المدعى إلى طائفة ..... أو غير ملته إلى ملة ..... وظلت المدعى عليها على ملتهـــا وطائفتها التي تم عقـد الزواج طبقا لطقوسها .

وحيث انه بتـــاريخ ..... أوقع المدعى يمين الطلاق على المـدعى عليها بإرادته المنفردة طبقا لأحكام الشريعة الأسلامية بأن قال لها ..... ومن ثم فقد أقام الـدعوى طالبا الحكم بإثبات طلاقه الواقع منه بتـــاريخ ..... لزوجته المدعى عليها .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

٢ – مناط تطبيق الشريعة الأسلامية على غير المسلمين بالتطبيق للمادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ هو أختلاف الطرفين فى الملة أو الطائفة .

٣ – التابع لكنيسة الانجليين الوطنين إذا أنضم إلى جماعة الادفنتست فإن ذلك لا يعد بذاته تغييرا للطائفة أو الملة يجيز إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة وفق أحكام الشريعة الأسلامية لأن جماعة الأدفنتست والأنجليين الوطنيين من شيع المذهب البروتستانتى .

٤ – تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ، إلا أنه عمل إدارى من جانب الجهه الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبه ، ولكن بعد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ، وقبول طلب الأنضمام إلى الطائفة أو المله الجديدة .

٥ – قرار المجلس الملى العام ببطلان قرار أنضمام الشخص بطلانا مطلقا لعدم التصديق عليه قرار صادر فى نطاق السلطة الكنيسة ومؤداه أن تغييراً لم يحصل فى الطائفة بل يظل الشخص على طائفته القديمة ولا يجوز له إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة لزوجته المتحدة معه فى الطائفه والملة .

٦ – الرئيس الدينى للمله أو الطائفه التى يرغب الشخص فى الأنضمام إليها عليه أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته ، وإن يستوثق من صدوره عن نية سليمه . كما أن له أن يبطل الأنضمام بعد قبوله ، ويعتبره كأن لم يكن إذا تبين عدم جديته ، وإن الشخص لم يستدف من التغيير إلا التحايل على القانون باعتبار أنه يندرج فى صميم السلطات الدينية الباقية للجهات الكنيسية .

٧ – بطلان الأنضمام لا يترتب عليه أن يصبح الشخص بلا مذهب أو ملة بل يعتبر باقيا على مذهبه القديم كأن تغييراً لم يحدث فيه .

٨ – قاضى الموضوع له حق مراقبة الظروف التى حدت بالجهة الدينيه على أبطال قرار الأنضمام للتحقق من صدوره فى نطاق السلطة الكنسية الباقية لها ، وأنه مبنى على أساس سوء نيه طالب الأنضمام منذ قدم الطلب به لأنه مسألة تكيف تتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى .

تطليق لاستحكام النفور

تزوج المدعى « أو المدعية » بالمدعى عليها بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس تاريخه ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ومازالت فى عصمته ، إلا أنه بعد حياة زوجية أستمرت مدة ..... أساءت إليه ووجهت له أقبح السبـــاب أمام الناس وتعدت عليه بالطريق العـــام وتحرر عن ذلك محضرا بتاريخ ..... برقم ..... قسم شرطه .....

وحيث ان المدعى عليها لم يجد معها نصح الأهل ، ولا نصح رجال الدين وأفضت المعاملة الشاذة التى تقع منها إلى خلاف بينهما ، وتركت منزل الزوجية منذ ..... أى مدة تزيد على ثلاث سنوات الأمر الذى أستحكم بسبب النفور بينهما وأصبحت الحياة الزوجية لا تستقيم بينهما .

ولما كانت الأساءة والفرقة وأستحكام النفور بسبب من قبل المدعى عليها وبخطء من جانبها فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم بتطليقه من المدعى عليها .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – تصدع الحياة الزوجية من الأسباب التى تجيز طلب التطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، إلا أنه يشترط لتوافره وفقا لنص المادة ٥٧ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية الخاصه بهذه الطائفه والتى أقرها المجلس الملى سنه ١٩٣٨ إساءة أحد الزوجين معاشرة الأخر أو أخلاله بواجباته نحوه أخلالا يؤدى إلى أستحكام الشقور بينهما ، وأن يؤدى ذلك إلى أفتراقهما مدة لا تقل عن ثلاث سنوات متتالية ، وألا يكون ذلك بخطء من جانب الزوج طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه .

٣ – يتعين أن يصل استحكام النفور بين الزوجين إلى حالة لا يمكن معها أعادة الحياة الزوجية إلى سابق عهدها . وهذه مسألة يقدرها قاضى الموضوع .

٤ – يتعين فى الفرقة من الزوجين أن تكون فرقة كاملة فى الطعام والفراش والمسكن فى آن واحـــد لأن الفرقة فى أحد هذه الأمور مع أختلاط الطـرفين فى الأمور الأخرى لا يجيز طلب التطليق .

تطليق بسبب الايذاء

تزوج المدعى « أو المدعيه » بالمدعى عليها بعقد صحيح كنسي مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ، ودخل بها وعاشرها معاشرة الازواج ومازالت في عصمته وأستمرت الحياة الزوجية قائمة بينهما حتى تاريخ ..... حيث فوجىء المدعى باعتداء وقع عليه من المدعى عليها بأن ..... وعرضت صحته للخطر وكان ذلك بغير سبب منه ، كما أنها شهرت عليه سكينا وحاولت قتله - أو حاولت مع أخرين قتله - ولكن حالت الظروف بينها وبين تحقيق غرضها ، وقد حرر عن هذا الأعتداء محضر برقم ..... قسم ..... بتاريخ .....

ولما كان أعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر ، أو أعتياد إيذائه إيذاء جسيما يعرض صحته للخطر يجيز للمجنى عليه أن يطلب الطلاق . وقد تكرر هذا الأعتداء من المدعى عليها وحررت عدة محاضر بأرقام ..... فقد أقام المدعى الدعوى طالب الحكم بتطليقه من المدعى عليها .

قواعـــد :

١ - هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ - الأعتداء الذى يجيز التطليق طبقا المادة ٥٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصـــادرة في سنه ١٩٣٨ هو الذى يصل إلى حد محاولة القتل ، ويكفى فيه أن يقع مرة واحدة ، أو الذى لا يصــل إلى هذا الحد ، ولكنه يبلغ من الجســامة بحيث يترتب عليه تعرض صحة الزوج المعتدى عليه للخطر ، وفي هذه الحالة يشترط تكرار الأعتداء بحيث يصبـح عادة لدى الـــزوج المعتدى .

٣ - يستوى في الأعتداء أن يكون الزوج المعتدى فاعلا أن شريكا في الأعتداء ، ولكن لا يشترط أن يتحقق فيه موجب توقيع العقوبة ، وذلك لأن الأمر لا يرجع إلى يترتب أثر على أرتكاب الجريمة بحيث يتعين أعماله متى توافرت فيها اركانها المقررة في قانون العقوبات ، وإنما مرده إلى أخلال الزوج المعتدى بما يلقيه عليه ميثاق الزوجية المقدس من واجب التعاون مع الزوج الآخـــر على شئون الحياة الزوجية ، فضلا عن اخلاصه له وأحسان معاشرته ، وهو ما يكفى لتحققه مســاهمة الزوج بأى صورة في التعـــدى على زوجه ولو لم يبلغ فعله مبلغ الجريمة .

فسخ الزواج للجمع بين زوجتين

تزوج المدعى عليه الأول بالمدعية بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس تاريخه ..... وأستمرت الحياة بينهما حتى تاريخ ..... إلا أن المدعية فوجئت بأن المدعى عليه متزوج بأخرى هى ..... المدعى عليها الثانية وذلك بعقـد مؤرخ ..... طبقـا لطقوس طائفة ..... رغم أن زواجـــه من المدعية مازال قائما .

ولما كانت الديانة المسيحية لا تعرف تعدد الزوجات ، ولا تبيحه ، وكان ثمة ضرر مادى وأدبى قد حاق بالمدعية من جراء زواج المدعى عليه اللاحق لزواجه بها وقد نصت المادة ٢٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنه ١٩٣٨ على أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زوجا ثانيـــا مادام الزواج قائمـــا ورتبت المادة ٤١ بطلان كل عقد يقع مخـــالفا لأحكام المادة ٢٤ من المجموعة سالفة الذكر . ولذلك فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم ببطلان عقد الزواج المؤرخ ..... الذى تزوج بمقتضاه المدعى عليه الأول المدعى عليها الثانية .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – الأجماع عند المسيحيين وأخذا بروح الأنجيل ، وفكرة الجسد الواحد ، وعفة الزواج المسيحى ، على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادىء التى تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها .

٣ – من خصائص الزواج فى المسيحية أنه علاقة فردية لا يمكن أن تنشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة ، فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة فى نفس الوقت ، ولا يجوز للمرأة الواحدة أن تجمع بين أكثر من زوج فى وقت واحد .

٤ – حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج فى المسيحية على حد سواء يعد من المبادىء التى سادت طوال العشرين قرنا الماضية ، ولم تكن إطلاقا موضع خلاف على الرغم من أنقسام الكنيسة إلى شرقيه وغربيه ، وإلى ارثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية حتى أصبحت شريعه الزوجة الواحدة لها سمه ، وعليها علما ، ممـا مؤداه أن هذا المبدأ – وإن لم يـرق إلى

مرتبة النظام العام – يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على أختلاف مللها ونحللها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الأحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين بحيث إنه فى نطاق التعدد المعاصر للزيجات – بخلاف الزيجات المتعاقبة – يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه .

● – لا محل لأعمال القواعد الموضوعية فى الشريعة الأسلامية والتى يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحى بنفس حقوق الزوج المسلم ، إذا تصادمت مع أحد المبادىء المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية ، والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا من ديانته وأنحرافا عن عقيدته ، وخرقا لمسيحيته ، طـــالما لا تنطوى مبادىء الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام فى مصر .

تطليق لعلة الزنا

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح مؤرخ ..... طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأستمرت الحياة الزوجية بينهما مدة .....

وحيث إن المدعى فاجأ المدعى عليها يوم ..... وهى مع شخص غريب يتصل بها أتصالا جنسيا فى منزل الزوجية وقد ابلغ الشرطة بذلك وتحرر محضر برقم ..... ، ولما كانت المادة ٥٠ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنه ١٩٣٨ قد نصت على أنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا » وإذ كان أرتكاب الزنا من الفجور التى تسبب تدنيس الحياة الزوجية ، وخدش كرامة العائلة المسيحية وتلويثها برداءة السمعة ، فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم بتطليقه من المدعى عليها لعلة الزنا .

قواعـــــد :

١ – الزنا الحقيقى يعتبر سببا للتطليق ، وهو أتصال أحد الزوجين بشخص آخر أتصالا جنسيا أثناء قيام الرابطة الزوجية .

٢ – يستوى فى التطليق للزنا أن يكون واقعا من الزوج أو الزوجة لأن المادة ٥٠ نصت على أنه « يجوز لكل من الزوجين ..... » فيجوز للرجل طلب التطليق ، كما يجوز للمرأة طلب التطليق فى حالة زنا زوجها .

٣ – السريان الأرثوذكس – وحدهم – تعرضوا لزنا المرأة فقط بإعتباره سببا للتطليق .

٤ – إذا ثبت الزنا على أحد الزوجين بحكم جنائي اقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من صدور الحكم الجنائي في جريمة زنا .

٥ – الزنا يعتبر من الأسباب التي أنعقد عليها الأجماع بين الطوائف الأرثوذكسيه والبروتستانتية .

٦ – الزنا لا يقف عند الحالة التي يتم فيها أتصال جنسي بغير الزوج أيا كان سبب هذا الأتصال ، ولكنه يمتد إلى حالات أخرى لا يقع فيها أتصال جنسي ، وإنما يكون من شأنها أن تحمل على الأعتقاد بوقوعه لأنها تؤدي إليه .

٧ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكلية .

التطليق للمرض

المدعية زوجة للمدعي عليه بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس مؤرخ ..... ودخل بها وأستمرت الحياة الزوجية بينهما هادئه حتى تاريخ ..... رزقا خلالها بالطفل .....

وحيث ان المدعي عليه أصيب بمرض الجنون المطبق « أو بمرض معد تخشى منه على سلامتها » وقد مضى على هذا المرض ثلاث سنوات عرضته فيها على كثير من الأطباء المتخصصين الذين قرروا أن مرضه غير قابل للشفاء وتخشى منه على سلامة نفسها وصغيرها .

ولما كانت المادة ٥٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد أجازت للزوج إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر أن يطلب التطليق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرضى وثبت أنه غير قابل للشفاء – فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم بتطليقها من المدعي عليه للمرض .

قواعـــــد :

١ – يجب أن يكون المرض طارئا بعد قيام الزوجية الصحيحة ، لأن المرض إذا كان قائما وقت الزواج يعتبر مانعا ويمكن أن يؤدى إلى بطلان الزواج متى توافرت شروطه .

٢ – يتعين تحديد الوقت الذى وجد فيه المرض حتى يمكن تحديد مدة الثلاث السنوات التي تمضي عليه .

٣ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

دعوى بطلب التطليق لحبس الزوج

تزوج المدعى عليه بالمدعية بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس المؤرخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ، وأستمرت حياتهما هادئة حتى تاريخ ..... إذ أتهم المدعى عليه فى جريمة ..... وقدم للمحاكمة وحكم عليه بعقوبة الأشغال الشاقة « أو السجن أو الحبس » مدة سبع سنوات .

ولما كان الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية مدة سبع سنوات فاكثر يجيز للزوج الآخر طلب التطليق منه فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم بتطليقها من المدعى عليه للحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية .

قواعـــد :

١ – مجرد الحكم بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فاكثر يكفى لطلب التطليق ولا يشترط أن يكون المحكوم عليه مقيد الحرية بسبب التنفيذ .

٢ – يلزم أن يكون الحكم على أحد الزوجين دون الزوج الآخر – طالب التطليق – لأنه إذا صدر الحكم عليهما معا فلا يكون لأى منهما أن يطلب التطليق استنادا إلى هذا السبب .

٣ – يلزم أن يكون هناك عقد زواج صحيح .

٤ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٥ – راجع المادة ٥٢ من مجموعة الأقباط الأرثونكسي الصادرة فى سنه ١٩٣٨

تطليق للغيبة

المدعية زوجة للمدعى عليه بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الارثوذكس المؤرخ ..... وقد دخل بها وأستمرت الحياة بينهما إلى تاريخ .....

وحيث انه بتاريخ ..... غاب المدعى عليه عن منزل الزوجية ولم تعلم المدعية مقره ، ولا تعلم حياته من وفاته وقد بحثت عنه فى كل مكان يرجى وجوده فيه فلم تجده ومن ثم يئست من عودته إليها فاستصدرت حكما بإثبات غيبته فى الدعوى رقم .....

وحيث انه يجوز لأحد الزوجين إذا غاب الزوج الآخر خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته أن يطلب التطليق ولذلك فقد أقامت المدعية الدعوى طالبة الحكم بتطليقها من المدعى عليه للغيبة .

قواعـــد :

١ – الحكم بإثبات الغيبة إجراء مستقل سابق على طلب التطليق والحكم بإثبات الغيبة يختلف عن الحكم بإعتبار الغائب مفقودا لأن هذا الحكم الأخير يعنى أعتبار الغائب ميتا حكما ، ومن ثم تنقض الرابطة الزوجية بقوة القانون .

٢ – القاضى الذى ينظر دعوى التطليق للغيبة يلتزم بحكم أثبات الغيبة ويجيب طالب التطليق إلى طلبه استنادا إليه .

٣ – حكم أثبات الغيبة يقرر أن الشخص قد أختفى تماما وأن من المستحيل معرفة ما تم فى شأنه ، وإن كان لا يمكن القطع بوفاته .

٤ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الكليه .

٥ – راجع المادة ٥٢ من مجموعة الأقباط الارثوذكس الصادرة فى سنه ١٩٣٨ .

تطليق لردة الزوج الآخر عن المسيحية

تزوج المدعى بالمدعى عليها بعقد صحيح طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس بتاريخ ..... ودخل بها وأستمرت الحياة الزوجية بينهما مدة .....

وحيث انه بتاريخ ..... علم المدعى « الدليل » أن المدعى عليها خرجت عن الدين المسيحى ، ودخلت فى دين ..... طبقا للشهادة المقدمة ، أو طبقا لشهادة الشهود ..... وقد بذل المدعى النصح للمدعى عليها بالعودة لدينها واستمهلها مدة ..... دون جدوى . كما نصحها رجال الدين المختصين فلم تدع وتعود لدينها الأمر الذى يقطع الأمل فى رجوعها إلى الدين المسيحى .

ولما كان خروج أحد الزوجين المسيحيين عن الدين المسيحى وأنقطاع الأمل فى رجوعه إليه يجيز للزوج الآخر طلب التطليق عملا بالمادذة ٥١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنه ١٩٣٨ فقد أقام المدعى الدعوى طالبا الحكم بتطليقه من المدعى عليها لخروجها عن الدين المسيحى .

قواعـــد :

١ – هذه الدعوى من أختصاص المحكمة الأبتدائية .

٢ – راجع المادة ٥١ من مجموعة سنه ١٩٣٨ .

٣ – إذا كانت الزوجة المرتدة قد دخلت فى دين غير الدين الأسلامى وبقى الزوج طالب التطليق على دينه طبق القاضى شريعة هذا الزوج وقضى بالتطليق . أما إذا كانت الزوجة قد دخلت فى دين الأسلام فإن الشريعة الأسلامية هى التى تطبق ، وحكمها أن يعرض الأسلام على الزوج فإن أسلم يقران على نكاحهما مالم تكن الزوجة محرما له . وأن أبى الأسلام – أو أسلم وهى محرمه له – فرق بينهما .

فهرس الكتاب

فهرس الكتاب الثانى

تم بحمد الله